

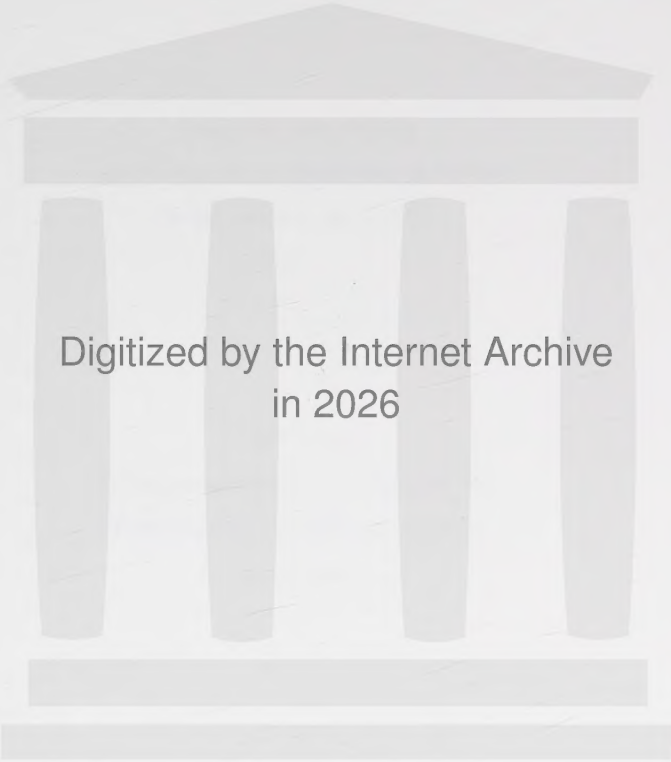
Heinz Raming

**Der Begriff “rechtlicher Vorteil”
in § 7 BeurkG**

1988

Disbui. Münster





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER BEGRIFF "RECHTLICHER VORTEIL"

IN § 7 BEURKG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Rechtsanwalt
Heinz Raming
aus Steinfurt

1988

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhoser
Dekan: Prof. Dr. Petev

Tag der mündlichen Prüfung: 10.02.1988

INHALTSVERZEICHNIS

Seite:

<u>EINLEITUNG</u>	1
ERSTER ABSCHNITT: Der Begriff "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG	4
A. Der Meinungsstand - Lösungsansätze zur Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG	6
I. "Begünstigungsabsicht" als mögliches Abgrenzungskri- terium	6
II. Das Kriterium der Unmittelbarkeit	10
B. Der eigene Lösungsansatz zur Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG	15
I. Das Rechtsgeschäft	16
II. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts	19
1. Die "essentialia negotii"	19
2. Die "naturalia negotii"	20
3. Die "accidentalia negotii"	22
4. Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts	23
III. Schlußfolgerungen für die Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" im Sinne des § 7 BeurkG	24
IV. Der Schutzzweck der Norm - die Entstehungsgeschichte des § 7 BeurkG	30
1. Die Entstehungsgeschichte des § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 05.03.1953 (BGBl. I, S. 33)	30
a) Römisches Recht	30
b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)	34
c) § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 18.08.1896 (RGBl. I, S. 195)	40
aa) Die Materialien zu § 1916 Abs. 2 E 1	40
bb) Die Materialien zu § 2201 E 2, § 2209 E 2 rev. und § 2207 E III	44
cc) § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 18.08.1896 (RGBl. I, S. 195)	44

d) Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (TestG) vom 31.07.1938 (RGBl. I S. 973)	45
e) Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts (BÜREG) vom 05.03.1953 (BGBl. I, S. 33)	46
2. Die Entstehungsgeschichte des § 171 FGG in der Fassung vom 17.05.1898 (RGBl. 1 S. 189)	47
3. Das Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969 (BGBl., I S. 1513)	50
V. Konkretisierung der Ausgangsdefinition anhand des Schutzzwecks der Norm	53
1. Der abstrakte Rechtsbegriff als Beurteilungsgrundlage	53
2. Die Unbeachtlichkeit der mittelbaren objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts	54
3. Die Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG	57
ZWEITER ABSCHNITT: Die Anwendung der Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG anhand von Einzelfallgruppen	58
A. <u>Mehrseitige Rechtsgeschäfte</u>	58
I. <u>Die gegenseitig verpflichtenden Verträge</u>	58
1. Die gegenüber dem Vertragspartner bestehenden Rechtsfolgen	58
a) Die Simultanbeurkundung	58
b) Die Subzessivbeurkundung (§ 128 BGB)	59
c) Zwischenergebnis	59
2. Verträge zugunsten Dritter	67
a) Der echte Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) - Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB)	67
b) Der unechte Vertrag zugunsten Dritter	70
c) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	71
d) Zwischenergebnis	72
3. Der Notar als Verwalter kraft Amtes oder Mitglied einer juristischen Person	73
4. Zwischenergebnis	76

<u>II. Die unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge</u>	77
1. Der Leihvertrag (§ 598 BGB)	77
2. Der Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB)	79
3. Der Auftrag (§ 662 BGB)	82
4. Zwischenergebnis	83
<u>III. Die einseitig verpflichtenden Verträge</u>	83
1. Das Schenkungsversprechen	84
a) Das Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB	84
b) Das Schenkungsversprechen unter Auflage gemäß § 525 BGB	86
2. Die Bürgschaft (§ 765 BGB)	88
3. Die Schuldübernahme	91
a) Die privative oder befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415, 416 BGB)	91
aa) Der Übernahmevertrag gemäß § 414 BGB	92
bb) Der Übernahmevertrag gemäß §§ 415, 416 BGB	95
b) Die kumulative Schuldübernahme (§ 305 BGB)	101
c) Der gesetzliche Schuldübergang (§ 419 BGB)	103
4. Zwischenergebnis	106
<u>Die einseitigen Rechtsgeschäfte</u>	107
<u>I. Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen</u>	108
1. Die Vollmacht (§ 167 BGB)	108
2. Die Ausstellung einer Quittung (§ 368 BGB)	114
3. Die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 BGB)	116
4. Zwischenergebnis	119

<u>II. Die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen - die einseitigen Verfügungen von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung)</u>	119
1. Die begünstigende Auflage (§§ 1940, 2192ff. BGB)	120
2. Die Ernennung zum Schiedsrichter	128
3. Die Benennung als Vormund oder Pfleger (§§ 1777 Abs. 3, 1917 Abs. 1 BGB)	131
4. Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung (§§ 80, 83 BGB)	138
5. Die Zuwendung eines Bestimmungsrechts	146
6. Der Widerruf eines Testaments (§§ 2254 BGB)	146
7. Zwischenergebnis	148
<u>III. Zusammenfassung und Ausblick</u>	150

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	- anderer Ansicht
a.a.O.	- am angegebenen Ort
Abs.	- Absatz
Abschn.	- Abschnitt
AcP	- Archiv für civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
a.E.	- am Ende
a.F.	- alte Fassung
allg.	- allgemein
ALR	- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
a.M.	- anderer Meinung / am Main
Anm.	- Anmerkung
AT	- Allgemeiner Teil
Aufl.	- Auflage
BayObLG	- Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	- Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
BB	- Der Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	- Band
BeurkG	- Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	- Bundesgesetzblatt
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BNotO	- Bundesnotarordnung vom 24.02.1961, BGBI. I 98, BGBI. III. S. 3, Nr. 303-1
BT	- Bundestag / besonderer Teil
BVerfGE	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	- Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	- Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
bzw.	- beziehungsweise

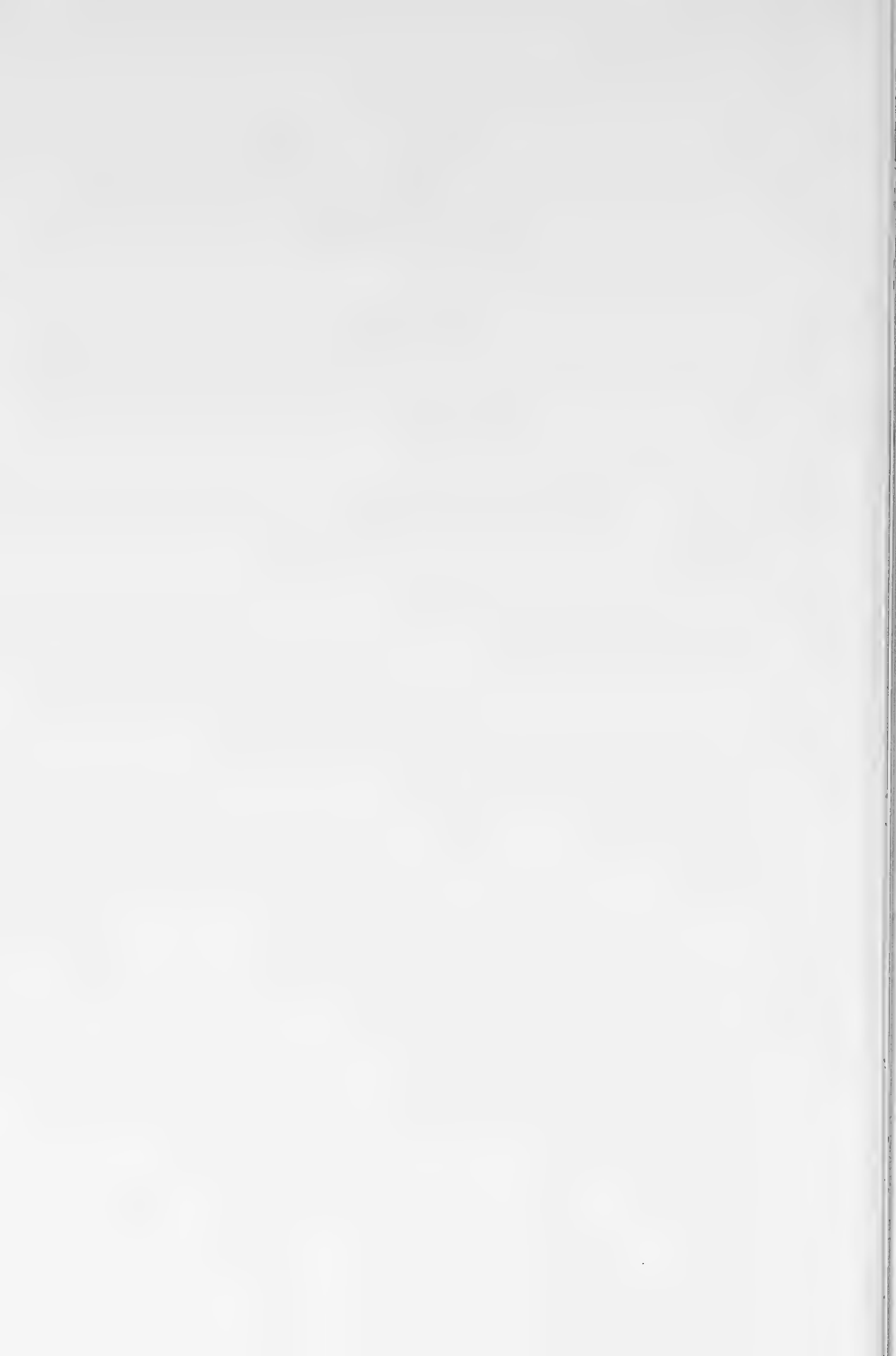
cod.	- codex justitianus
D	- Digesten
ders.	- derselbe
d.h.	- das heißt
Diss.	- Dissertation
DJ	- Deutsche Justiz (Jahr, Seite)
DJT	- Deutscher Juristentag
DJZ	- Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Spalte)
DNotZ	- Deutsche Notar-Zeitschrift, früher Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (DNotV) (Jahr, Seite)
DR	- Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Drs.	- Drucksache
EG	- Einführungsgesetz
E I u. II	- Entwurf eines BGB, 1. bzw. 2. Lesung
Einf.	- Einführung
Einl.	- Einleitung
f.	- folgende
ff.	- fortfolgende
FGG	- Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 17.05.1898 (RGBl. S. 189)
Fn.	- Fußnote
GleichberG	- Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts vom 18.06.1957 (BGBl. I S. 609, BGBl. III, 4 Nr. 400-3)
Gruchot	- Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot (Band, Jahr, Seite)
h.A.	- herrschender Ansicht
Halbbd.	- Halbband
HGB	- Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897
h.L.	- herrschende Lehre
h.M.	- herrschende Meinung

HRR	- Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
i.d.F.v.	- in der Fassung vom
IherJb	- Iherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
internat.	- international
i.S.d.	- im Sinne des/der
i.V.m.	- in Verbindung mit
JR	- Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
jur.	- juristisch
JuS	- Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	- Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	- Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
kgl.	- königlich
KG	- Kammergericht
KGJ	- Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band, Seite)
LZ	- Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Spalte)
MDR	- Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Mot.	- Motive
m. (u.) w. N.	- mit (umfangreichen) weiteren Nachweisen
n. Chr.	- nach Christus
NEh1G	- Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.08.1969 (BGBl. I, S. 1243)
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	- Nummer
Nov.	- Novellae



OLG	- Oberlandesgericht
OLGE/OLG Rspr.	- Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
OLGZ	- Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr, Seite)
Prot.	- Protokolle
Rdnr./Rdn.	- Randnummer
Recht	- Zeitschrift "Das Recht" (Jahr, Seite)
RG	- Reichsgericht
RGBL.	- Reichsgesetzblatt
RG HRR	- Entscheidungen des Reichsgerichts in höchstichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
RGRK	- Reichsgerichtsratekommentar
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rpfleger	- Rechtspfleger
r. Sp.	- rechte Spalte
s.	- siehe
S.	- Seite
SchuldR	- Schuldrecht
s.o.	- siehe oben
sog.	- sogenannte (r/s)
SorgeRG	- Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.07.1979 (BGBl. I, S. 1061)
u.	- und / unten
u.a.	- unter anderem
usw.	- und so weiter
v.	- von / vor
vgl.	- vergleiche
Vorb./Vorbem.	- Vorbemerkung

WarnR	- Warneyer die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Jahr, Nummer)
WM/WPM	- Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen, Teil IV (Jahr, Seite)
z.B.	- zum Beispiel
ZBlFG	- Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung (Jahrgang, Seite)
Ziff.	- Ziffer
zit.	- zitiert
ZNotV	- Zeitschrift des Deutschen Notarvereins (Jahrgang, Seite)



L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Arndt, Herbert Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 unter Berücksichtigung des Ersten Gesetzes zur Abänderung der Bundesnotarordnung v. 7. August 1981, 2. Auflage, Köln 1982
- Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.07.1938 (RGBl. I S. 973) in: DJ 1938, S. 1254ff.
- Blume, Wilhelm von Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB, II. Zur Lehre von der Schuldübernahme, in: IherJb 39, S. 390-428
- Blume, Wilhelm von Zur Schuldübernahmefrage, in: IherJb 40, S. 109-126
- Böhmer, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Erste Abteilung, Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951 (zit.: Böhmer, II, 1, §)
- Bornemann, Wilhelm Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, sechster und letzter Band, enthaltend das Erbrecht, und die Lehre von Familien-Stiftungen und Fidei-Kommissen, 2. Auflage, Berlin 1844 (zit.: Bornemann, Bd. 6, S.)
- Brambring, Günter Zur Anerkennung der ausländischen Beurkundung bei Geltung des deutschen Rechts, in: NJW 1975, S.1255-1261
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1987 (zit.: Brox, AT, Rdnr.)
- Brox, Hans Allgemeines Schuldrecht, 14. Aufl., München 1986 (zit.: Brox, SchuldR AT, Rdnr.)
- Brox, Hans Besonderes Schuldrecht, 13. Aufl., München 1987 (zit.: Brox, SchuldR BT, Rdnr.)
- Brox, Hans Anmerkung zum Urteil des BGH v. 08.12.1959 - VIII ZR 134/58 (RG), in: JZ 1960, S. 369ff.
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-

buchs nebst drei Anlagen. Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode. Zweite unveränderte Auflage. Berlin 1896
(zit.: Denkschrift, S.)

Denkschrift

zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode - V. Session 1897/98, Erster Anlagenband, Nr. 1 bis 69 der amtlichen Drucksachen des Reichstages enthaltend, S. 291-323, Bd. 162
(zit.: Denkschrift FGG)

Dennler,

Darf der Notar einen Kaufvertrag über ein Grundstück beurkunden, auf dem für ihn (oder seinen Angehörigen) eine Hypothek haftet, die der Käufer übernimmt?
in: Recht 1905, S. 191

Dernburg, Heinrich

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band I, Die allgemeinen Lehren, Halle 1902
(zit.: Dernburg, Allg. Lehren, §)

Dernburg, Heinrich

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Band 5, Deutsches Erbrecht, Halle 1905
(zit.: Dernburg, Erbrecht)

Dernburg, Heinrich

Pandekten, zweiter Band, Obligationenrecht, 5. Aufl., Berlin 1897
(zit.: Dernburg, Pandekten, Bd. 2)

Dittmann, Ottmar/Reimann,
Wolfgang/Bengel, Manfred

Testament und Erbvertrag, Berlin 1972
(zit.: Dittmann-Bearbeiter,/Rdnr.)

Dölle, Hans

Familienrecht, Band II, Karlsruhe 1965

Ebersbach, Harry

Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972

Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Zweiter Band, 15. Auflage, Tübingen 1960

Enneccerus, Ludwig/Lehmann,
Heinrich

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Recht der Schulverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen, 1958

Entwurf

der das Erbrecht betreffenden Gesetze, Th.I.Tit.12. Abschn. 1, Gesetz-Revisions-Pensum XVI, Berlin 1835
(zit.: Entwurf ALR)

Entwurf

eines Beurkundungsgesetzes nebst Begründung und Stellungnahme des Bundesrates sowie der Äußerung der Bundesregierung,

dazu, veröffentlicht als BT-Drs. V/3282
am 25.09.1968

- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 2 Bänden, 7. Aufl., Münster 1981 (zit.: Erman-Bearb., Rdnr.)
- Esser, Josef/Schmidt, Eike Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984 (zit.: Esser/Schmidt, SchuldR AT, §)
- Feyock, Georg Grundlagen der Stellung des Notars im Rechtsleben, in: DNotZ 1952, S. 244-258
- Fischer, Otto Bevollmächtigung des beurkundenden Notars, in: JW 1924, S. 923-925
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, dritte Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979
- Flume, Werner Rechtsgeschäfte und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben-Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, S. 135-238
- Fuchs Zur Auslegung des § 171 FGG in: ZBlFG 6, S. 489-505
- Furtner, Georg, Sicherung eines künftigen Rechtserwerbs durch eine einstwillige Verfügung, in: NJW 1964, S. 745-748
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., München 1980
- Gonella, Robert Die notarielle Urkunde als Instrument der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, in: DNotZ 1956, S. 453-460
- Gruchot, J.A. Preußisches Erbrecht, in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen, in: Gruchot, Bd. 1, Berlin 1965
- Gürgens, Heinrich Die Singularsuccession und die Schuld, in: IherJb 8, S. 221-308
- Haegele, Karl Beurkundungsgesetz, Regensburg 1969
- Haegele, Karl Beurkundungsgesetz, in: Rpfleger 1969, S. 365ff.
- Harder, Manfred Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin 1968

- Hedemann, J. W. Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, in: JR 1953, S. 117f.
- Heldrich, Karl Die Form des Vertrages, in: AcP 147, S. 89-129
- Henle, Rudolf Vorstellungen- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, Leipzig, 1910
- Henn, Günter Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg 1986
- Hieber, Hans Anmerkung zum Beschluß des OLG Oldenburg v. 08.02.1957 - 3 Wx 5/57, in: DNotZ 1957, S. 543-545
- Hieber, Hans Das Berufsbild des deutschen Notars, in: DNotZ 1952, S. 258-264
- Hieber, Hans Die notariellen Urkunden im Rahmen der vorsorgenden Rechtsbetreuung, in: DNotZ 1954, S. 461-469
- Hieber, Hans Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in der notariellen Urkunde, in: DNotZ 1951, S. 212-214
- Hinz, Sabine Was ist lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, Diss. Münster 1986
- Hirsch, Ernst E. Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 08.12.1959 - VIII ZR 134/58, in: JR 1960, S. 291-296
- Höfer, Gerhard/Huhn, Dieter Allgemeines Urdkundenrecht, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968 (zit: Höfer/Huhn, S.)
- Höfer, Gerhard/Huhn, Diether/v. Schuckmann, Hans-Joachim Beurkundungsgesetz und ergänzende Vorschriften, Frankfurt 1972 (zit.: Höfer/Huhn/v. Schuckmann, §, Rdnr.)
- Huhn, Diether/v. Schuckmann, Hans-Joachim Beurkundungsgesetz sowie Dienstordnung für Notare und ergänzende Vorschriften, 2. Aufl., Berlin/New York 1987 (zit.: Huhn/v. Schuckmann, §, Rdnr.)
- Ihering, Rudolf von Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, in: IherJb. 10, S. 244ff.
- Jahr, Günther Sicherung von "Anwartschaften" auf Erwerb von Grundstücken und Erbanteilen, in: JuS 1963, S. 224-230
- Jansen, Paul FGG, 2. Aufl., Berlin 1971

Jansen, Paul	Beurkundungsgesetz, Berlin/New York 1971
Josef, Eugen	Darf der Notar einen Kaufvertrag über sein Grundstück beurkunden, auf dem für ihn oder seine Angehörigen eine Hypothek haftet, die der Käufer übernimmt? in: Recht 1905, S. 247
Josef, Eugen	Die Ergebnisse der Rechtslehre auf dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit während des zweiten Halbjahres 1904, FGG 171, in: Recht 1905, S. 62ff.
Josef, Eugen	Verfügungen zu Gunsten des Notars, in: Recht 1906, S. 926f.
Keidel, Theodor	Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl., München u. Berlin 1967
Keidel, Theodor/Kuntze, Joachim/Winkler, Karl	Freiwillige Gerichtsbarkeit Teil B, Beurkundungsgesetz, 12. Aufl., München 1986
Kersten, F./Bühling, Selmar/Appell, Wilhelm/Kanzleiter, Rainer	Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 18. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1987
Kipp, Theodor/Coing, Helmut	Erbrecht, 13. Bearbeitung, Tübingen 1978 (zit.: Kipp-Coing, §)
Kipp, Theodor	Zur Lehre von der Schuldübernahme, in: IherJB 36, S. 336-365
Koch, Christian Friederich	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Zweiter Band, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1886 (zit.: Koch-Bearbeiter, S.)
Könige, Heinrich	Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts, FGG § 171, "Zu Gunsten", in: LZ 1916, Sp. 680, Nr. 23
Kohler, Rudi	Letztwillige Schiedsklauseln, in: DNotZ 1962, S. 125-135
Korintenberg, Werner	Kostenordnung, 10. Auflage, München 1984 (zit.: Korintenberg-Bearbeiter, §, Rdnr.)
Kramer, G	Vertragstatbestand, Vertragsinhalt und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verträge, Jur. Diss. Heidelberg, 1964
Lange, Heinrich	Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1937 (zit.: Lange, 1. Denkschrift, S.)
Lange, Heinrich	Die Rechtsnatur von Antrag, Annahme und Ablehnung, geprüft bei Verträgen

- beschränkt Geschäftsfähiger, in: FS für Rudolf Reinhardt, zum 70. Geburtstag, 7. Juni 1972, Köln-Marienburg 1972, S. 95ff.
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl. München 1968
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., München 1983
(zit.: Larenz, AT, §, S.)
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982
(zit.: Larenz, SchuldR I, § und/oder S.)
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Band 2, Besonderer Teil, Halbbd. 1, 13. Auflage, München 1986 (zit.: Larenz, SchuldR II, § und/oder S.)
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1983
(zit.: Larenz, Methodenlehre)
- Lehmann, Heinrich/Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
(zit.: Lehmann/Hübner)
- Leonhard, Franz Bürgerliches Gesetzbuch, Fünftes Buch, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1928
- Leopold, Johannes Testamentsrecht, Berlin 1939
- Lippmann Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs
in: AcP 107, S. 1-167
- Mattern, Friedrich Über den Entwurf eines Beurkundungsgesetzes, in: Rpfleger 1969, S. 37ff.
- Mecke, Friedrich Beurkundungsgesetz, Berlin u. Frankfurt a.M. 1970
- Mecke, Friedrich Der Entwurf eines Beurkundungsgesetzes, in: DNotZ 1968, S. 584-617
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 13. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1987
- Motive zu dem vom Revisor vorgelegten Entwurf der das Erbrecht betreffenden Gesetze, Thl.I., Tit. 12, Absch. 1, A.L.R. §§ 133-138, Entw. §§ 111-116, S. 119ff., Gesetz-Revision-Pensum XVI, Berlin 1835
(zit.: Motive ALR)

Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 (zit.: Mot. II.)
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich; Band V, Erbrecht; Berlin und Leipzig 1888 (zit.: Mot.V, S.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 2. Aufl., München 1984 (zit.: Münchener-Kommentar-Bearbeiter, §, Rdnr.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 2. Aufl., München 1985.
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, Halbbd. 1 (§§ 433-656) Abzahlungsgesetz, München 1980
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band. 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, Halbbd. 2 (§§ 652-853), 2. Aufl., München 1986
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 5, Familienrecht, Halbbd. 2 (§ 1589-1921), 2. Aufl., München 1987
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 6, Erbrecht (§§ 1922-2385), München 1982
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, 31. Aufl., München 1972 (zit.: Palandt-Bearbeiter, 31. Aufl.)
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, 47. Aufl., München 1988 (zit.: Palandt-Bearbeiter)
Paris	Kann im Versteigerungsprotokoll oder in einem Kaufvertrag über Grundstücke der Notar für seine Person zur Abgabe der Auflassungserklärungen bevollmächtigt werden? in: DJZ 1905, S. 640f.
Pfeiffer, Gerd	Der Notar in unserem Rechtsstaat, in: DNotZ 1981, S. 5-16
Planck, G.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, Erbrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930 (zit.: Planck-Bearbeiter § Anm. und/oder S.)
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Allgemeiner Theil und Recht der

Schuldverhältnisse, Abschn. I, Abschn. II
Tit. I.
(zit.: Prot. I)

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Band V, Erbrecht, Berlin 1899
(zit.: Prot. V)
- Rechenmacher, L. Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 05.03.1953, in: NJW 1953, S. 768-770
- Regelsberger, Ferdinand Die Schuldübernahme und die §§ 414-416 des BGB, in: IherJb 39, S. 463-486
- Reithmann, Christoph Funktionen und Instrumente der notariellen Rechtsbetreuung, in: DNotZ 1975, S. 324-344
- RGRK Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, §§ 1-240, 12. Aufl., Berlin/New York 1982
(zit.: RGRK-Bearbeiter, §, Rdnr.)
- RKRK Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, 2. Teil, §§ 414-610 (Anhang nach § 455: Abzahlungsgesetz), 12. Aufl., Berlin/New York 1978
(zit.: RGRK-Bearbeiter, §, Rdnr.)
- RGRK Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band V, 1. Teil, §§ 1922-2146, 12. Aufl., Berlin/New York 1974
(zit.: RGRK-Bearbeiter, §, Rdnr.)
- RGRK Reichsgerichtsrätekomentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Band V, 2. Teil, §§ 2147 - 2358, 12. Aufl., Berlin/New York 1975
(zit.: RGRK-Bearbeiter, §, Rdnr.)
- Riedel, Hermann/Feil, Gregor Beurkundungsgesetz, Wiesbaden-Dotzheim 1970
- Rohs, Günther Die Geschäftsführung der Notare, 8. Aufl., Heidelberg 1983
- Safferling, Joseph Antragstellung des bevollmächtigten Notars nach dem Tod eines Beteiligten, in: Rpfleger 1971, S. 294-296
- Seybold, Karl/Hornig, Erich Bundesnotarordnung, 5. Aufl., München 1976
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§ 1-240), 11. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978
(zit.: Soergel-Bearbeiter, §, Rdnr.)

- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2/1
Schuldrecht-2/1 (§§ 241-432), 11. Aufl.,
Stand: Frühjahr 1986, Stuttgart 1986,
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuld-
recht II (§§ 516-704), 11. Aufl., Berlin/-
Köln/Mainz 1980
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, Erbrecht
(§§ 1922-2385), Stand: Juni 1982-1983, 11.
Aufl., Stuttgart 1983
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6, Erb-
recht, Stand: Frühjahr 1974, 10. Aufl.,
Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
(zit.: Soergel-Bearbeiter, 10. Aufl., §,
Rdnr.)
- Suarez amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision
des Allgemeinen Landrechts, in: v. Kampz,
Jahrbücher für die Preußische Gesetzge-
bung, Rechtswissenschaft und Rechtsver-
waltung
(zit.: Suarez, Schlußvorträge)
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der
freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl.,
Erster Band (§§ 1-124), Zweiter Band
(§§ 125-200), Köln/Berlin 1956
(zit.: Schlegelberger, §, Rdnr.)
- Schlüter, Wilfried Die Vertretungsmacht des Gesellschafters
und die Grundlagen der Gesellschaft, jur.
Diss., Münster 1965
- Schlüter, Wilfried Erbrecht, 12. Aufl., München 1986
(zit.: Schlüter, Erbrecht)
- Schneider, K. Der 88. Band der Entscheidungen des
Reichsgerichts in Zivilsachen, in: DJZ
1917, Sp. 785-789
- Schütze, Rolf/
Tescherning, Dieter/
Wais, Walter Handbuch des Schiedsverfahrens: Praxis d.
dt. u. internat. Schiedsgerichtsbarkeit,
Berlin, New York 1985
- Schwab, Karl Heinz Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., München
1979
- Schwytz, Ingo Kosten und Kostenentscheidung im
schiedsgerichtlichen Verfahren, in: BB
1974, S. 673-676
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 1-89, Ver-
schollenheitsgesetz, 12. Aufl., Berlin 1980

- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240, 12. Aufl., Berlin 1980
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, § Rdnr.)
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, §§ 328-432, 10./11. Aufl., Berlin 1978
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, 10./11. Aufl., §, Rdnr.)
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433-580a), 12. Aufl., Berlin 1978
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 581-597, Landpacht, §§ 598-606, 12. Aufl., Berlin 1982
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-740, 12. Aufl., Berlin 1980
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, §§ 1924-1966, 12. Aufl., Berlin 1979
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht (§§ 2147-2196), 12. Aufl., Berlin 1980
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, V. Band, Erbrecht, 2. Teil, 10./11. Aufl., Berlin 1960
(zit.: Staudinger-Bearbeiter, 10./11. Aufl., §, Rdnr.)
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Fünftes Buch, Erbrecht, §§ 2229-2264; Beurkundungsgesetz; §§ 2265-2385; 12. Aufl., Berlin 1983
- Strickrodt, Georg Stiftungsrecht, Baden-Baden, 1972
- Thur, Andreas von Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, Berlin 1914
(zit.: v. Thur, II, 1, §, und/oder S.)

- Vangerow, Karl Adolf von Lehrbuch der Pandekten, zweiter Band, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876 (zit.: v. Vangerow, Bd. II)
- Vering, Friederich Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts, 4. Aufl., Mainz 1875
- Vogels, Werner/Seybold, Karl Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938, 4. Aufl., Berlin/München 1949
- Weber, Oskar Über die Belehrungspflichten des Notars bei der Beurkundung einseitiger Eintragungsbewilligungen, in: DNotZ 1956, S. 285-294
- Weißler, Adolf Darf der Notar einen Kaufvertrag um ein Grundstück beurkunden, auf welchem für ihn (oder seine Angehörigen) eine Hypothek haftet, welche der Käufer übernimmt? in: ZNotV 1904, S. 579
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, dritter Band, 9. Aufl., Frankfurt/Main 1906/09
- Winkler, Karl Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, in: NJW 1971, S. 401-404
- Zimmermann, Herbert Zweifelsfragen zum Beurkundungsgesetz, in: Rpfleger 1970, S. 189-197
- Zitelmann, Ernst Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879 (zit.: Zitelmann, Irrtum, S.)
- Zitelmann, Ernst Wie sind die §§ 133, 135, 136 A.L.R. Th. I. Tit. 12 auszulegen? in: Gruchot, Bd. 22, S. 521-546

Der Begriff "Rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG

EINLEITUNG:

Der gesamten Rechtsordnung liegt der im Kern von der Verfassung in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Grundsatz der Privatautonomie zugrunde. Jeder Bürger kann seine Lebensverhältnisse nach seinem Willen ordnen, weil er seine Lebensverhältnisse und Bedürfnisse selbst am besten kennt und daher seine rechtlichen Beziehungen zweckmäßiger und sinnvoller regelt, als es eine hoheitliche Gestaltung vermag¹. Diese rechtsschöpferische Macht birgt jedoch die Gefahr unrichtiger Rechtsgestaltung aus Rechtsunkenntnis in sich. Damit der Bürger seine Entscheidung in vollem Wissen um die Folgen der Rechtsgestaltung treffen kann, bedarf er vielfach eines zuverlässigen Helfers. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß, von Ausnahmen abgesehen, nur der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege und Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO)² dieser Aufgabe gerecht werden kann. Er hat daher in bestimmten Fällen die Privatautonomie dadurch eingeschränkt, daß er die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts vorsieht (so z. B. in §§ 311, 312 Abs. 2, 313, 518 Abs. 1, 873 Abs. 2, 877, 1420, 1491 Abs. 2, 1501 Abs. 2, 1516 Abs. 2, 1587 o Abs. 2, 1730, 2033 Abs. 1, 2276, 2282 Abs. 3, 2290 Abs. 4, 2291 Abs. 2, 2296 Abs. 2, 2301, 2348, 2351, 2385 BGB), um die Mitwirkung eines Notars sicherzustellen.

Um dem Notar die Verwirklichung des Rechts in der vorsorgenden Rechtspflege zu ermöglichen, ist er mit sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgestattet³. Damit der Notar

¹ v. Thur, II, 1, S. 144; Palandt-Heinrichs, Überblick vor § 104 BGB, Anm. 1 a; Schlüter, S. 38.

² vgl. dazu BVerfGE 17, 371, 381; Arndt, § 1 BNotO, Anm. II, 2, 5; Feyock, DNotZ 1952, S. 244; Gonella, DNotZ 1956, S. 453; Hieber, DNotZ 1952, S. 258; 1954, S. 461; Höfer/-Huhn, S. 34ff.; Keidel/Kuntze/Winkler, Einl. BeurkG, Rdnr. 27

³ Arndt, § 1 BNotO, Anm. II, 3; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.; Pfeiffer, DNotZ 1981, S. 5, 11; BGHZ 57, 351.

dieser ihm obliegenden öffentlichen Aufgabe⁴ auch tatsächlich gerecht wird, insbesondere seine Unabhängigkeit nicht mißbraucht, muß auch das Beurkundungsverfahren geregelt und darin vor allem sichergestellt werden, daß der Notar die Beteiligten unparteilich berät und belehrt. Diesem Erfordernis hat der Gesetzgeber, wie für andere öffentliche Aufgaben auch, bei denen die Unbefangenheit des Amtsträgers von essentieller Bedeutung ist (vgl. z. B. §§ 41, 42, 49, 191, 406, 1032 ZPO, §§ 24, 31 StPO, § 6 FGG, § 54 VwGO, § 60 SGG, § 51 FGO), durch das Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969 (BGBl. I, S. 1513) und insbesondere durch die §§ 3, 6, 7, 27 BeurkG Rechnung getragen. § 3 BeurkG enthält eine Aufzählung sanktionsloser und damit für die Beteiligten allenfalls im Hinblick auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen bedeutsame Mitwirkungsverbote für alle Beurkundungstätigkeiten des Notars. Die §§ 6, 7, 27 BeurkG heben aus diesen Mitwirkungsverboten für die Beurkundung von Willenserklärungen einzelne heraus und qualifizieren sie zu absoluten Ausschließungsgründen⁵. Während § 6 BeurkG an die formelle Beteiligung anknüpft, geht § 7 BeurkG, der in § 27 BeurkG neben anderen Vorschriften für bestimmte Verfügungen von Todes wegen für entsprechend anwendbar erklärt wird, von der materiellen Beteiligung aus⁶. Ihre Verletzung ist für die Beteiligten von besonderer Bedeutung, da sie die völlige (§ 6 BeurkG) oder teilweise (§§ 7, 27 BeurkG) Unwirksamkeit der Beurkundung nach sich zieht und bei vorgeschriebener öffentlicher Beurkundung sogar die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben kann (§ 125 BGB).

Eine formelle Beteiligung läßt sich leicht feststellen. Formell beteiligt sind nur die vor dem Notar Erschienenen, die mündliche Erklärungen abgeben (§ 6 Abs. 2 BeurkG). Wegen mate-

⁴ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG DNotZ 1964, S. 424, 427) hat betont, daß der Notar staatliche Funktionen wahrnimmt und diese im Bereich originärer Staatsaufgaben angesiedelt.

⁵ Keidel/Runtze/Winkler, § 3 BeurkG, Rdnr. 7ff.

⁶ Keidel/Runtze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 2.

rieller Beteiligung ist gemäß § 7 BeurkG die Beurkundung einer Willenserklärung insoweit unwirksam, als diese "darauf gerichtet ist", dem Notar oder einem seiner nahen Angehörigen "einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen". Auch diese Vorschrift erscheint auf den ersten Blick klar und einfach, zumal nach ihrem Wortlaut jeder rechtliche Vorteil ausschließende Wirkung haben soll. Beschäftigt man sich jedoch näher mit den Voraussetzungen dieser Vorschrift, so zeigt sich, daß, wie so oft, das Problem im Detail liegt. Nicht jede Rechtsfolge kann nämlich im Rahmen des § 7 BeurkG Berücksichtigung finden, da es sonst keine wirksamen Beurkundungen von Willenserklärungen gäbe. Man denke nur an die Vergütungsansprüche des Notars, die jeder Beurkundungsvorgang auslöst. Es bedarf somit einer Grenzziehung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Vorteilen im Rahmen des § 7 BeurkG. Trotz zahlreicher Versuche ist es bisher nicht gelungen, eine einheitliches, praktisch brauchbares Abgrenzungskriterium zu finden, wie sich nicht zuletzt aus den unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen selbst die Vertreter ein und desselben Abgrenzungskriteriums gelangen, ergibt. Das Fehlen eines solchen Abgrenzungskriteriums ist besonders mißlich, weil es sich bei der Auslegung des § 7 BeurkG nicht um eine rein akademische Streitfrage, sondern um ein Problem von erheblicher praktischer Bedeutung handelt. Dies ist nicht nur wegen der bereits angesprochenen Nichtigkeitsfolgen der Fall. Der Notar ist seiner Stellung entsprechend aus der Sicht des Bürgers neutraler Helfer bei der Verwirklichung seines Rechts. Besteht Unsicherheit darüber, ob der Notar eine Beurkundung vornehmen darf, wird auch die Verwirklichung des Rechts selbst unsicher. Hat der Bürger aber Zweifel an der Rechtssicherheit, so ist nicht nur die Stellung des Notars gefährdet, sondern der Rechtsstaat selbst⁷.

Diese große praktische Bedeutung legt es nahe, sich näher mit der Frage auseinanderzusetzen, wann eine Willenserklärung für den Notar oder einen seiner Angehörigen rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG ist.

⁷ Pfeiffer, a.a.O., S. 16.

Erster Abschnitt: Der Begriff "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG.

Der Begriff des rechtlichen Vorteils ist nach einhelliger Auffassung weit zu fassen⁶. Ein rechtlicher Vorteil ist bereits dann anzunehmen, wenn der Kreis der Rechte des Notars in irgendeiner Richtung zu seinem Vorteil erweitert wird oder bestehende Pflichten eingeschränkt werden⁷. Gemäß § 7 BeurkG darf der Notar keine Willenserklärung beurkunden, die seine Rechte und Pflichten günstig beeinflussen¹⁰. Nach Soergel-Harder ist es für die Annahme eines rechtlichen Vorteils im Sinne des § 7 BeurkG bereits ausreichend, wenn die Rechtsstellung des Notars oder des ihm nahestehenden, in Nr. 2 und Nr. 3 des § 7 BeurkG näher umschriebenen Personenkreises irgendwie verbessert wird¹¹.

Die Verbesserung der Rechtsstellung kann sowohl in der Begründung eines neuen Rechts als auch in der Erweiterung oder Verstärkung eines bereits vorhandenen Rechts bestehen, aber auch in der Aufhebung, Verminderung und Abschwächung von Pflichten, z. B. in der Gewährung einer Stundung¹².

Da nur die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils die Wirksamkeit der Beurkundung beeinträchtigt, kommt es auf eine wirtschaftliche Besserstellung nicht an. Der "rechtliche Vorteil" muß nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen; der Begriff des rechtlichen Vorteils geht vielmehr über den vermögensrechtlichen Vorteil weit hinaus. Der Vorteil kann

⁶ Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 11.

⁷ Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Keidel, 9. Auflage zu § 171 FGG a.F., der in § 7 BeurkG aufgegangen ist, Rdnr. 5.

¹⁰ Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 2.

¹¹ Soergel-Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; so auch schon das RG zu § 171 FGG a.F. (vgl. RGZ 88, 147, 150/151; 121, 30, 34; 155, 172, 179).

¹² Jansen, a.a.O., Rdnr. 4.

ebenso familienrechtlicher wie auch öffentlich-rechtlicher Art sein^{13/14}.

Als rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG ist somit jede Erweiterung von Rechten oder Verminderung von Pflichten anzusehen¹⁵.

Diese Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" bedarf jedoch der Konkretisierung. Das Gesetz knüpft nämlich die teilweise Unwirksamkeit der Beurkundung nicht allein an die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils in diesem Sinne. Vielmehr ist gem. § 7 BeurkG die Beurkundung von Willenserklärungen nur insoweit unwirksam, als diese "darauf gerichtet sind", dem Notar, oder einem seiner in Nr. 2 oder Nr. 3 genannten Angehörigen einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Diese Formulierung könnte eine Korrektur der vorstehenden Ausgangsdefinition erforderlich machen und damit eine erhebliche Einengung des Anwendungsbereichs der Vorschrift bedeuten, wenn sie dahingehend zu verstehen wäre, daß nur die Verschaffung desjenigen rechtlichen Vorteils die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG auslösen soll, der in der beurkundeten Willenserklärung ausdrücklich als gewollt bezeichnet ist. Möglich wäre aber auch, daß der Gesetzgeber durch die Formulierung "darauf gerichtet" lediglich den allgemeinen Charakter einer Willenserklärung als die Äußerung eines auf Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichteten Willens¹⁶ zum Ausdruck bringen wollte, was bei weiter Auslegung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in vielen Fällen zur teilweisen, wenn nicht gar

¹³ Mecke, a.a.O., Rdnr. 4; Erman-Hense, a.a.O., Rdnr. 2; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdnr. 5; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Soergel-Harder, a.a.O., Rdnr. 2; Keidel, 9. Auflage, a.a.O., Rdnr. 5; Schlegelberger, a.a.O., Rdnr. 7; Fuchs, ZBIFG 6, S. 489, 495.

¹⁴ Zur Beurkundung öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen vgl. Jansen, Vorb. BeurkG § 6, Rdnr. 6.

¹⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 3; Staudinger-Firsching, a.a.O., Rdnr. 11; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG Rdnr. 4; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Palandt/Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2.

¹⁶ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 5.

zur völligen Unwirksamkeit der Beurkundung und bei vorgeschriebener öffentlicher Beurkundung oder eigenhändiger Niederschrift (vgl. § 2247 Abs. 1 BGB) auch der beurkundeten Willenserklärungen führen könnte (§§ 125, 139, 2085 BGB).

A. Der Meinungsstand - Lösungsansätze zur Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG

Die Frage, wie die Abgrenzung zwischen beachtlichem und unbeachtlichem rechtlichen Vorteil vorzunehmen ist, wird unterschiedlich beantwortet.

I. Begünstigungsabsicht als mögliches Abgrenzungskriterium

Teilweise wird die Auffassung vertreten, die zu beurkundende Willenserklärung müsse "darauf gerichtet sein - als Zweck- einer oder mehreren Personen im Sinne des § 7 BeurkG einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen"¹⁷. Es müsse eine "Begünstigungsabsicht" vorliegen. Die Verbesserung der Rechtslage des Dritten müsse "Beweggrund und Zweck" der "Verfügung" sein¹⁸.

Nach anderer Ansicht ist nicht erforderlich, daß die Zuwendung eines rechtlichen Vorteils in der Absicht des Beteiligten liegt. Vielmehr soll es auf die "objektive Lage" ankommen¹⁹. Wenn das Gesetz davon spreche, daß die Willenserklärung auf die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils gerichtet sein müsse, so komme "darin nur der allgemeine Charakter der Willenserklärung als der auf einen Rechtserfolg gerichteten

¹⁷ Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 5.

¹⁸ Josef, Recht 1905, S. 247; 1906, S. 926; Paris, DJZ 1905, Sp. 640; jeweils zu § 171 FGG a.F.

¹⁹ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 6; alle unter Hinweis auf Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Anm. 2ff.

Willensäußerung zum Ausdruck."²⁰ "Auch müsse der Begünstigte keine Kenntnis von der Zuwendung oder Ernennung haben"²¹.

Während die übrigen Autoren sich einer eigenständigen Begründung enthalten, leitet Schlegelberger dies aus der Begriffsbestimmung der materiellen Beteiligung im Sinne des Urkundenrechts her²². § 170 FGG a.F. stelle auf die formelle Beteiligung ab²³. Demgegenüber werde in § 171 FGG a.F. die materielle Beteiligung der Urkundsperson bewertet. Diese materielle Beteiligung sei für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Ausnahme des Urkundenrechts in § 6 FGG a.F.²⁴ allgemein als Ausschließungsgrund anerkannt worden und im Sinne des § 6 FGG a.F. dann für vorliegend zu erachten, wenn die Rechte und Pflichten des Richters durch die Amtshandlung unmittelbar beeinflußt würden. Dieser Einfluß könne sich durch die Ausdehnung oder Einschränkung von Rechten oder Pflichten geltend machen. Wie extensiv oder intensiv dies vonstatten gehe, könne letztlich für das Urkundsrecht dahinstehen. Entspreche es auch allgemeiner Rechtsüberzeugung, daß ein Richter bei Gestaltung seiner eigenen Rechte und Pflichten überhaupt nicht mitwirken dürfe, so werde, soweit es sich um die Beurkundung handele, dem Rechtsbewußtsein schon dann genügt, wenn die Urkundsperson gehindert werde, Rechtsgeschäfte zu beurkunden, die auf ihre Rechte und Pflichten einen unmittelbar günstigen Einfluß ausüben. Wegen materieller Beteiligung sei deshalb die Urkundsperson nur dann ausgeschlossen, wenn das zu beurkundende Rechtsgeschäft zu ihren Gunsten wirke, d. h. wenn es "die extensive oder intensive Ausdehnung ihrer Rechte oder die extensive oder intensive Einschränkung ihrer Pflich-

²⁰ Jansen, a.a.O., Rdnr. 5.

²¹ Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; KGJ 51, 91, 93.

²² Schlegelberger, a.a.O., Rdnr. 2.

²³ § 170 FGG entspricht dem heutigen § 6 BeurkG.

²⁴ § 6 FGG a.F. entspricht dem heutigen § 3 BeurkG.

ten zur unmittelbaren Wirkung" habe. Es komme auf die "objektive Rechtslage, nicht auf die Absicht der formell Beteiligten an". Wirke "das Rechtsgeschäft objektiv zugunsten der Urkundsperson" im obigen Sinne, so sei sie "ausgeschlossen, auch wenn die Begünstigungsabsicht des formell Beteiligten" fehle²⁵.

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Aus dem Regelungszusammenhang der §§ 6, 170, 171 FGG a.F. dürfte ebenso wie aus demjenigen der §§ 3, 6, 7 BeurkG dieses Ergebnis nicht herzuleiten sein. Zwar kommt es in den §§ 6, 171 FGG a.F. bzw. §§ 3, 7 BeurkG auf die materielle Beteiligung der Urkundsperson an²⁶. Es wird jedoch verkannt, daß es einen einheitlichen Begriff der "materiellen Beteiligung" im Gegensatz zur formellen Beteiligung (vgl. § 6 Abs. 2 BeurkG) nicht gibt. Die für die Anwendbarkeit der §§ 6 FGG a.F. bzw. 3 BeurkG erforderliche "materielle Beteiligung" ist nicht identisch mit der in § 171 FGG a.F. und § 7 BeurkG geforderten, was sich schon allein daraus ergibt, daß die erstgenannten Vorschriften lediglich ein sanktionsloses Mitwirkungsverbot für den Notar enthalten, während die §§ 171 FGG a.F., 7 BeurkG die Unwirksamkeit der beurkundeten Willenserklärung zur Folge haben²⁷. In § 3 BeurkG ist von den "Angelegenheiten" einer Person die Rede, um die es sich bereits dann handelt, wenn deren Rechte und Pflichten durch den Urkundsvorgang unmittelbar betroffen werden²⁸. Die Anwendbarkeit des § 7 BeurkG setzt demgegenüber eine auf die Verschaffung eines rechtlichen Vorteils gerichtete Willenserklärung voraus. § 7 BeurkG hebt bei der Beurkundung von Willenserklärungen aus den in § 3 BeurkG aufgeführten Mit-

²⁵ Schlegelberger, a.a.O., Rdnr. 3.

²⁶ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 2.

²⁷ Keidel/Kuntze/Winkler, § 3 BeurkG, Rdnr. 7; Staudinger-Firsching, § 3 BeurkG, Rdnr. 5; Jansen, § 3 BeurkG, Rdnr. 2; Haegele, BeurkG, Bem. V., 5; ders., Rpfleger 1969, 365, 369.

²⁸ Keidel/Kuntze/Winkler, § 3 BeurkG, Rdnr. 11.

wirkungsverboten (ebenso wie § 6 BeurkG) besonders bedeutsame heraus, setzt also einen Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot des § 3 BeurkG voraus, und qualifiziert diese unter bestimmten Voraussetzungen zu absoluten Ausschließungsgründen²⁹. Allein die "materielle Beteiligung" der Urkundsperson ist als Abgrenzungskriterium im Rahmen des § 7 BeurkG somit nicht ausreichend und die "Begriffsbestimmung der materiellen Beteiligung" daher nicht geeignet, die Beschaffenheit der Kausalität zwischen Willenserklärung und rechtlichem Vorteil zu erhellen. Dies wird nicht zuletzt auch durch den Rückgriff auf den Schutzzweck der Norm verdeutlicht, den Schlegelberger zur eigentlichen Begründung seines Ergebnisses für erforderlich hält.

"Begünstigungsabsicht" oder "Kenntnis" von der Begünstigung scheiden als begriffsbestimmende Merkmale und damit als Kriterien zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 7 BeurkG schon allein deshalb aus, weil sich - insbesondere bei letztwilligen Verfügungen nach dem Tod des Testators und/oder der Urkundsperson nicht oder nur sehr schwer zuverlässig feststellen lassen wird, ob auf Seiten des Testators Begünstigungsabsicht überhaupt und auf Seiten der Urkundsperson Kenntnis von ihrer Begünstigung oder derjenigen ihrer Angehörigen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung³⁰ vorlag. Im Zweifel dürften dem Testator die Angehörigen der Urkundsperson nicht einmal bekannt sein, geschweige denn ist für den Testator erkennbar, ob die beurkundete Willenserklärung einen rechtlichen Vorteil für einen Angehörigen des Notars bedeutet. Die Anwendbarkeit der Vorschrift und die Unwirksamkeit der Beurkundung wäre somit dem Zufall überlassen. Zudem ergibt sich aus der Tatsache, daß § 7 BeurkG ebenso wie bisher auch § 2235 BGB a.F. auf mündliche Testamente gleichermaßen anwendbar ist wie auf offen oder verschlossen übergebene, daß der Notar von der Verschaffung

²⁹ Reidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 8.

³⁰ Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 13; Soergel-Har-der, § 7 BeurkG, Rdnr. 5.

eines rechtlichen Vorteils für sich oder seine Angehörigen nichts zu wissen braucht³¹.

II. Das Kriterium der Unmittelbarkeit

Soweit eine Begünstigungsabsicht nicht verlangt und auf die objektive Rechtslage abgestellt wird³², wird ganz überwiegend gefordert, der rechtliche Vorteil müsse die "unmittelbare Folge der beurkundeten Willenserklärung" sein³³. Das Reichsgericht³⁴ hat hierzu u. a. ausgeführt, Begünstigter im Sinne des § 171 Nr. 1 FGG a.F. sei derjenige, dem die Begünstigung in der Urkunde selbst gewährt werde. Das Gesetz spreche von demjenigen, zu dessen Gunsten "in der Urkunde" eine Verfügung getroffen werde. Der Erfolg der rechtlichen Besserstellung müsse "also durch die in der Urkunde niedergelegte rechtsgeschäftliche Willenserklärung eintreten". Es dürfe "nicht so sein, daß er erst als deren Folge" eintrete oder gar erst eintreten könne. Die Begünstigung müsse, wie Schlegelberger a.a.O. sagt, die "unmittelbare Folge (richtiger: unmittelbare Wirkung) des Rechtsgeschäfts sein." Werde die Fähigkeit zur Mitwirkung der Urkundsperson schon dann versagt, "wenn die rechtsgeschäftliche Willenserklärung dem, der als Urkundsperson gewirkt hat, nur die Ursache oder ein Mittel zur Verbesserung seiner rechtlichen Lage gewesen ist, während die Verbesserung selbst dadurch noch nicht erzeugt worden ist, so würde man zum Nachteil der geschäftlichen Verkehrssicherheit der Erhebung von Einwendungen Tür und

³¹ Mot. V S. 265; Prot. V S. 333; Staudinger-Firsching, a.a.O., Rdnr. 4; KGJ 51, 91, 93.

³² vgl. oben Fn. 12.

³³ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 11; Dennler, Recht 1905, S. 195; Könige, LZ 1916, Sp. 680, Nr. 23; RGZ 88, 147, 150/151; KGJ, Bd. 24 A 6; Bd. 34 A 19; Bay OLG, DNotZ 1956, 209, 213.

³⁴ RGZ a.a.O.; Könige, LZ a.a.O.

Tor öffnen, da es dann an einer irgendwie festen Grenze fehlen würde."

Teilweise wird Begünstigungsabsicht und Unmittelbarkeit kumulativ gefordert. Die Verfügung werde "von den Gesetzen und dem Sprachgebrauch als "zugunsten" eines Dritten erfolgt dann bezeichnet, wenn sie unmittelbar die Verbesserung der Rechtslage und des Dritten bewirke und zugleich ihr Beweggrund und Zweck jene Verbesserung" sei³⁵. Dem hat Schneider³⁶ entgegengehalten, entgegen der in der Entscheidung des Reichsgerichts³⁷ vertretenen Erwägung, das Gesetz habe nur vor Befangenheit durch rechtliche Interessen schützen wollen, könne man demjenigen als Urkundsbeamten "nicht die nötige volle Unbefangenheit, wie sie das Gesetz gewährleisten kann" wolle, zutrauen, dem aus der zur beurkundenden Verfügung auch nur mittelbar wesentliche wirtschaftliche Vorteile erwachsen müssen". Denn was sei "das anders, als ein wirtschaftliches, nur noch besonders geschütztes Interesse, demgegenüber ein lediglich tatsächlich zu erreichendes Interesse doch doppelt schwer wiegen könne". Die Abstellung auf den Unterschied eines allein wirtschaftlichen und eines rechtlich wirtschaftlichen Interesses habe etwas sehr Mißliches und werde nur in den Augen der Juristen etwas bedeuten können. Die angeblich feste Grenze möge ohne diese Scheidung zwar fehlen und der eine oder andere Streitfall mehr vorkommen. Es würde dann aber doch einer naheliegenden Rechtsempfindung besser entsprochen, und es würden in Wahrheit ungeeignete Personen als Urkundsbeamte ferngehalten³⁸.

Den Befürwortern des Kriteriums der Unmittelbarkeit ist zwar insoweit zuzustimmen, als sie konkret auf die Rechtsfolgen

³⁵ Josef, Recht 1906, S. 926; wohl auch Paris, DJZ 1905, Sp. 640.

³⁶ Schneider, DJZ 1917, Sp. 785, 789.

³⁷ RGZ a.a.O.

³⁸ Schneider, a.a.O.

der Willenserklärung abstellen. Gleichwohl begegnet auch diese Meinung erheblichen Bedenken. Diese ergeben sich zunächst aus dem Wortlaut des § 7 BeurkG. Im Gegensatz zu § 171 Nr. 1 FGG a.F. ist in § 7 BeurkG nicht davon die Rede, daß der rechtliche Vorteil dem Begünstigten "in der Urkunde" verschafft werden muß, worauf die Vertreter dieses Kriteriums und insbesondere das Reichsgericht bei der Auslegung des § 171 Nr. 1 FGG a.F. abheben. Die Formulierung "darauf gerichtet" im Sinne des § 7 BeurkG ist, was die aufgeführten Kommentatoren des Beurkundungsgesetzes übersehen, nicht ohne weiteres identisch mit der Formulierung "in der Urkunde" im Sinne des § 171 Nr. 1 FGG a.F., und zwar weder vom Wortlaut her noch inhaltlich.

Bedenken gegen die Brauchbarkeit des Kriteriums der Unmittelbarkeit ergeben sich ferner daraus, daß ihm eine hinreichende Bestimmtheit und Eindeutigkeit fehlt; denn objektive Kriterien für eine genaue Bestimmung, wann ein rechtlicher Vorteil unmittelbare Folgen der beurkundeten Willenserklärung und wann er nur mittelbar und damit im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtlich ist, werden nicht genannt. Dies wird nicht zuletzt dadurch deutlich, daß auch die Vertreter dieses Kriteriums für einzelne Fallgestaltungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. So wird z. B. teilweise die Auffassung vertreten, der Notar sei durch § 7 BeurkG zwar gehindert, eine Bürgschaft für eine Schuld zu beurkunden, deren Gläubiger er ist, nicht aber, wenn er der Schuldner ist³⁹, während die Gegenansicht⁴⁰ diese Unterscheidung nicht macht und jede Bürgschaftsübernahme für eine Schuld, deren Gläubiger oder Schuldner der Notar oder einer seiner Angehörigen ist, für rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG hält.

Kontrovers wird beispielsweise auch die Frage diskutiert, ob der Notar einen Kaufvertrag über ein Grundstück beurkunden

³⁹ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; Höfer/Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG Anm. 5.

⁴⁰ Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7; Schlegelberger, § 171 FGG a.F. Rdnr. 11.

darf, in dem der Käufer eine auf dem Grundstück ruhende, dem Notar oder einem seiner Angehörigen zustehende Hypothek übernimmt, wodurch der Notar oder einer seiner Angehörigen einen neuen Schuldner erhält (§ 416 BGB). Während einerseits die Beurkundung für unbedenklich gehalten wird, weil die Übernahmeerklärung für sich allein keine den Hypothekengläubiger betreffende unmittelbare Rechtsfolge habe, sondern erst die Mitteilung des Verkäufers und die Genehmigung des Gläubigers⁴¹, wird andererseits geltend gemacht, durch die Übernahme der Hypothek allein werde zwar der Übernehmer gegenüber dem Gläubiger noch nicht verpflichtet. Die Übernahme sei jedoch, wenn die Genehmigung seitens des Gläubigers hinzukomme, derjenige Akt, der die Rechte des Hypothekengläubigers begründe. Nicht die Mitteilung gebe diese Rechte. Sie sei "bloß das Mittel", um die Frist für die Genehmigungserklärung in Lauf zu setzen. Die Mitteilung und Genehmigung vollendeten nur die Übernahme; eine Gewährung von Rechten sei in der letzteren aber schon allein deshalb enthalten, weil mit ihr der Schuldner alles getan habe, was seinerseits notwendig sei, um die Verpflichtung auf ihn übergehen zu lassen. Der Notar dürfe daher einen solchen Kaufvertrag nicht beurkunden⁴².

Nach Keidel/Kuntze/Winkler⁴³ soll ein rechtlicher Vorteil, der einer juristischen Person eingeräumt wird, deren Mitglied oder Vertreter der Notar oder einer seiner Angehörigen ist, nicht von § 7 BeurkG erfaßt werden. Da der Vorteil nicht dem Notar oder seinen Angehörigen selbst eingeräumt werde, komme er ihnen nur mittelbar über die juristische Person zugute. Anders sei es, wenn der Notar oder seine Angehörigen wirtschaftlich Inhaber der juristischen Person seien⁴⁴. Dies sei nicht etwa nur bei der Einmanngesellschaft, etwa der

⁴¹ Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 11; Josef, Recht 1905, 63; 1905, 247; 1906, 926; Weißler, ZNotV 1904, S. 579.

⁴² Dennler, Recht 1905, 191; Fuchs, ZBIFG 6, 489, 496/497.

⁴³ § 7 BeurkG, Rdnr. 6.

⁴⁴ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., (Fn. 12).

Einmann-GmbH, der Fall, sondern bereits dann, wenn die Beteiligung des Notars oder seiner Angehörigen so groß sei, daß die Beteiligung der übrigen Gesellschafter demgegenüber gänzlich zurücktrete. Dann werde wirtschaftlich der Inhaber der juristischen Person berechtigt und verpflichtet, so daß eine Gleichbehandlung gerechtfertigt sei⁴⁵. Nach Jansen handelt es sich dabei nicht um eine Frage der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit der Begünstigung, sondern des begünstigten Personenkreises. Es gelte nicht § 7 BeurkG, sondern § 6 BeurkG, wenn der Notar selbst als Vertreter der juristischen Person die Willenserklärung abgebe, im übrigen greife das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG Platz⁴⁶.

Damit aber ist das Problem noch nicht gelöst. Gerade dadurch, daß die juristische Person, deren Mitglied oder Vertreter der Notar oder einer seiner Angehörigen ist, nicht innerhalb der Nrn. 1 - 3 des § 7 BeurkG aufgeführt ist, ergibt sich die Frage, ob auch der dem Notar oder einem seiner Angehörigen über die juristische Person verschaffte Vorteil die Rechtsfolge des § 7 BeurkG auslösen soll. Die Auffassung von Keidel/Kuntze/Winkler macht die Unbrauchbarkeit des Kriteriums der Unmittelbarkeit gerade an diesem Beispiel evident. Um zu einem vermeintlich dem Schutzzweck der Norm entsprechenden Ergebnis zu gelangen, wird der Versuch unternommen, einen eindeutigen mittelbaren Vorteil mittels des Begriffs "wirtschaftliche Inhaberschaft" zu einem unmittelbaren zu machen. Dieser Lösungsversuch ist schon allein deshalb zum Scheitern verurteilt, weil damit nur das ungenaue und unbestimmte Kriterium der "Unmittelbarkeit" durch das mindestens ebenso ungenau und unbestimmte Kriterium der "wirtschaftlichen Inhaberschaft" ersetzt würde. Zudem zeigt

⁴⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.; § 3 BeurkG, Rdnr. 20 unter Hinweis auf Höfer/Huhn, S. 243; Seybold/Hornig, § 16 BNotO, Anm. 14; Rohs, S. 152.

⁴⁶ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 9; ebenso: Soergel-Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 3, der in "Grenzfällen" darauf abstellen will, "ob der Notar oder sein Verwandter in der eigenen persönlichen oder beruflichen Sphäre bessergestellt wird".

dieses Beispiel, daß bei der Abgrenzung unmittelbarer von mittelbaren rechtlichen Vorteilen in Wahrheit wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Ausfüllung des Begriffs der Unmittelbarkeit einfließen würden, so daß sich zumindest insoweit die Kritik der Vertreter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als gerechtfertigt erweist.

B. Der eigene Lösungsansatz zur Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteils" in § 7 BeurkG

Der Zweite Abschnitt des Beurkundungsgesetzes (§§ 6-35 BeurkG) ist mit "Beurkundung von Willenserklärungen" überschrieben, um auch die Verfügungen von Todes wegen zweifelsfrei zu erfassen⁴⁷. In § 7 BeurkG ist der in der § 171 FGG a.F. verwandte Begriff der "Verfügung" zugunsten bestimmter Personen durch den Begriff der Willenserklärung ersetzt worden, um klarzustellen, daß "nicht nur solche Rechtsgeschäfte" in Betracht kommen, durch die ein Recht übertragen, inhaltlich verändert oder aufgehoben wird, sondern "alle Rechtsgeschäfte", die ihrem Inhalt nach darauf gerichtet sind, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen⁴⁸. Da somit im Zweiten Abschnitt des Beurkundungsgesetzes und insbesondere in § 7 BeurkG auf die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft, wobei beide Begriffe ebenso wie in der Regel im BGB als gleichbedeutend nebeneinander verwendet werden⁴⁹, sowie auf einen rechtlichen Vorteil abgestellt wird, kann die Beantwortung der Frage, wie die Abgrenzung zwischen beachtlichem und unbeachtlichem rechtlichen Vorteil zu

⁴⁷ BT-Drs. V/3282, S. 29.

⁴⁸ BT-Drs. V/3282, a.a.O.

⁴⁹ Mot. I, S. 126: "Rechtsgeschäft i.S.d. Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt, und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht."

erfolgen hat, wie also die Kausalität zwischen Willenserklärung und rechtlichem Vorteil beschaffen sein muß, nur aufgrund einer rechtlichen und insbesondere anhand einer am Rechtsgeschäft orientierten Betrachtungsweise erfolgen. Dieser Ansatz wiederum erfordert es, sich zunächst Klarheit über das Rechtsgeschäft und seine Bestandteile zu verschaffen.

I. Das Rechtsgeschäft

Wie bereits erwähnt, liegt der gesamten Rechtsordnung der im Kern von der Verfassung in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Grundsatz der Privatautonomie zugrunde. Darunter versteht man die Befugnis des einzelnen, seine Lebensverhältnisse selbst nach seinem Willen zu ordnen. Der Einräumung dieser rechtsschöpferischen Macht liegt der Gedanke zugrunde, daß der einzelne seine Lebensverhältnisse und Bedürfnisse am besten kennt und daher seine rechtlichen Beziehungen zweckmäßiger und sinnvoller regelt, als es eine hoheitliche Gestaltung vermag³⁰. Damit erkennbar ist, wie der einzelne seine rechtlichen Beziehungen gestalten, ob und gegebenenfalls welche Rechtswirkungen er herbeiführen will, muß er seinen Willen äußern³¹. Die Willenserklärung kann demnach als die Äußerung eines auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens umschrieben werden³².

Das Gesetz beschränkt sich jedoch nicht darauf, diesen nach außen kenntlich gemachten Willen anzuerkennen und seine Erfüllung zu befehlen. Zur Erzielung von der Rechtsordnung anerkannter Rechtswirkungen und zur Vermeidung ungerechter Ergebnisse unterliegt der Grundsatz der Privatautonomie vielmehr gewissen Schranken. So wird beispielsweise bei der Beeinträchtigung des Rechtskreises eines anderen der Ab-

³⁰ vgl. oben S. 1.

³¹ v. Thur a.a.O.; Brox, AT Rdnr. 81; Schlüter, S. 38.

³² Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV, 1, S. 864; Brox, AT Rdnr. 80; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 116 BGB, Anm. 1a; Schlüter, a.a.O., S. 38.

schluß eines Vertrages oder der Eintritt der Rechtswirkung zumindest vom Verhalten des anderen abhängig gemacht (vgl. z. B. §§ 415, 2202 BGB), um zu verhindern, daß der einzelne die ihm verliehene schöpferische Macht zum Nachteil eines anderen ausnutzt⁵³. Für den Fall, daß die Parteien ihren Willen nur unvollkommen zum Ausdruck gebracht haben, wird der Parteiwille vielfach durch dispositive Regeln ergänzt. Die Einschränkung der Privatautonomie kann auch darin bestehen, daß die Parteien in bestimmten Bereichen, wie insbesondere im Familienrecht oder im Sachenrecht⁵⁴, nur noch bestimmen können, ob sie bestimmte unabänderliche Rechtswirkungen herbeiführen wollen oder nicht, so daß die Privatautonomie hier nur noch in der Form der Abschlußfreiheit und nicht mehr in der Gestaltungsfreiheit besteht⁵⁵. Sie kann sogar soweit gehen, daß ein Parteiwille überhaupt nicht anerkannt wird, weil eine von der Rechtsordnung mißbilligte Rechtswirkung herbeigeführt werden soll (§§ 134, 138 BGB) oder eine durch Rechtssatz vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde (§§ 125, 313 BGB).

Vielfach macht der Gesetzgeber die Herbeiführung der gewollten Rechtswirkung von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig. Hierbei kann es sich beispielsweise um sogenannte Nebenerklärungen, wie die Zustimmung (§ 182 BGB) und die Bestimmung der Leistung (§ 315 BGB), oder um einen realen Vorgang, wie die Übergabe in § 929 BGB, handeln. Dazu gehört auch der Ablauf eines bestimmten Zeitraumes bei Fristsetzungen (z. B. § 250 BGB), oder auch eine amtliche Handlung, wie z. B. die Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB)⁵⁶.

⁵³ Schlüter, a.a.O., S. 38/39.

⁵⁴ Stichwort: numerus clausus der Sachenrechte.

⁵⁵ Enneccerus-Nipperdey, § 189 I, S. 1150; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 145 BGB, Anm. 3; Einl. v. § 854 BGB, Anm. 2b; Einl. v. § 1297 BGB, Anm. 2.

⁵⁶ v. Thur, a.a.O., S. 147ff.

Diesen gesamten Tatbestand³⁷, der aus einer oder mehreren Willenserklärungen und oft aus weiteren, durch den Willen ausgelösten Tatbestandsmerkmalen besteht, und an den die Rechtsordnung den Eintritt der gewollten Rechtswirkung knüpft, bezeichnet man als Rechtsgeschäft^{38/39}. Erschöpft sich der Tatbestand des Rechtsgeschäfts in einer Willenserklärung und ist diese Willenserklärung für sich allein von der Rechtsordnung als Grund für die Rechtswirkung anerkannt (z. B. Kündigungserklärung), so sind Willenserklärung und Rechtsgeschäft deckungsgleich⁴⁰.

Das Rechtsgeschäft und insbesondere die Willenserklärung als sein unentbehrlicher und artbestimmender Bestandteil ist demnach das Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie⁴¹.

Um nähere Aufschlüsse darüber zu gewinnen, welche Merkmale des Tatbestands Rechtsgeschäft im Rahmen des § 7 BeurkG vorteilsbegründend wirken können, bedarf es eines Eingehens auch auf die möglichen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts.

³⁷ Der Begriff "Tatbestand" ist von der Strafrechtswissenschaft entwickelt und von der Privatrechtslehre übernommen worden; vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 136 I, S. 859.

³⁸ Enneccerus-Nipperdey, § 145 I, S. 895; Lehmann/Hübner, 26 I, S. 165; Schlüter, a.a.O., S. 39.

³⁹ Der Begriff "Rechtsgeschäft" ist von der Rechtswissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts durch Abstraktion aus den in der Rechtsordnung normierten Akktypen entwickelt worden; vgl. Flume, § 2, 1.

⁴⁰ Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; Brox, AT, Rdnr. 94; Schlüter, a.a.O.

⁴¹ Enneccerus-Nipperdey, § 145 I, S. 895; v. Thur, II, 1, S. 143.

II. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts

Die verschiedenen Wirkungen des Rechtsgeschäfts lassen sich nach ihrer Entstehung sowie danach unterscheiden, in wessen Rechtssphäre sie sich entfalten.

1. Die "essentialia negotii"

Damit überhaupt ein Rechtsgeschäft vorliegt, müssen diejenigen Rechtswirkungen festgelegt werden, die das Rechtsgeschäft überhaupt erst zu einem solchen oder aber zu einem ganz bestimmter Art machen und die das Eingreifen der dispositiven Gesetzesvorschriften ermöglichen. Diese unentbehrlichen und artbestimmten Bestandteile eines Rechtsgeschäfts kann man als "essentialia negotii"⁶² oder, weil es sich um die Rechtswirkungen handelt, die Parteien in ihren Willenserklärungen ausdrücklich als gewollt bezeichnet haben, als "subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts"⁶³ bezeichnen. Als solche essentialia negotii sind beispielsweise beim Kauf die Einigung über Ware und Preis (§ 433 BGB) oder bei der Erbeinsetzung die Erklärung, daß eine bestimmte Person nach dem Tode des Erblassers dessen Vermögen haben soll, anzusehen.

Im Normalfall wirken sich die "essentialia negotii" nur im Rechtskreis der aktiv oder passiv am Rechtsgeschäft beteiligten Personen aus. Ausnahmsweise können sie jedoch auch Wirkungen im Rechtskreis dritter Personen entfalten⁶⁴. Auf ein gesetzliches Korrektiv kann hier verzichtet werden, da es bei dem Dritten, dessen Rechtskreis betroffen ist, selber liegt, ob er die ihn treffenden Rechtswirkungen will oder nicht, und zwar unabhängig davon, ob sie belastender oder begünstigender Art sind. Im ersteren Falle bedarf es seiner

⁶² v. Thur, a.a.O., S. 194; Enneccerus-Nipperdey, § 189 II, S. 1151; Lehmann/Hübner, § 26 II, 1, S. 166.

⁶³ Schlüter, a.a.O., S. 40.

⁶⁴ v. Thur, a.a.O., S. 167.

Zustimmung da das Gesetz zur Vermeidung ungerechter Ergebnisse Verträge zu Lasten Dritter nicht anerkennt. Aber auch im letzten Fall hängt der Eintritt der Rechtswirkungen vom Willen des Dritten ab. So steht ihm beim Vertrag zugunsten Dritter das Zurückweisungsrecht aus § 333 BGB zu. Bei einer Erbeinsetzung kann er die Erbschaft ausschlagen (§ 1942 BGB) und bei einer Ernennung zum Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes ablehnen (§ 2202 BGB).

2. Die "naturalia negotii"

Sind die wesentlichen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts bestimmt, so begnügt sich das Gesetz nicht damit, die in der Regel nur auf einzelne Hauptpunkte beschränkten Rechtswirkungen anzuerkennen und eintreten zu lassen, sondern gestaltet das Rechtsverhältnis näher aus. Dies geschieht teilweise durch allgemeine Regeln für alle Rechtsgeschäfte, teilweise durch spezielle Vorschriften für die einzelnen nach dem Parteiwillen geordneten Geschäftsarten. Als Beispiele sind die Vorschriften über die Mängelhaftung beim Kauf (§§ 459ff. BGB) oder die Gewährleistungsrechte beim Werkvertrag (§§ 634ff. BGB) zu nennen. Diese Rechtswirkungen werden als "naturalia negotii"⁶⁵ bezeichnet oder, da sie nicht unmittelbar an den Parteiwillen, sondern unabhängig von ihm an einen anderen gesetzlichen Tatbestand anknüpfen, der allerdings alle oder einen Teil der vom Parteiwillen erfaßten Rechtswirkungen voraussetzt (z. B. die willensbestimmten Merkmale beim Kauf für die Sachmängelhaftung aus § 459ff. BGB), als "mittelbare Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts"⁶⁶ oder "Rechtsfolgen zweiter Ordnung"⁶⁷. Auch werden sie "gesetzliche Nebenwirkungen des Rechtsgeschäfts"⁶⁸ oder, um sie den

⁶⁵ v. Thur, a.a.O., S. 195; Enneccerus-Nipperdey, § 189 III, S. 1151; Lehmann/Hübner, § 26 II, 2a, S. 166.

⁶⁶ v. Thur, a.a.O., S. 163.

⁶⁷ Henle, S. 196.

⁶⁸ RGZ 82, 350, 355.

"subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen" gegenüberzustellen, "objektive, gesetzliche Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts"⁶⁹ genannt. Sie können sich ohne weiteres mit dem Abschluß des Rechtsgeschäfts verwirklichen, wie z. B. die Pflicht zur Kostentragung nach §§ 448, 449 BGB mit Abschluß des Kaufvertrages, oder durch Hinzutreten weiterer nicht willensbestimmter Tatsachen, wie z. B. der Mangel der verkauften Sache im Rahmen des § 462 BGB. Erstere Rechtswirkungen werden daher zum Teil auch als "unmittelbare objektive Rechtswirkungen" von den letzteren, den "mittelbaren, objektiven Rechtswirkungen" unterschieden⁷⁰.

Betreffen die "naturalia negotii" oder "objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts" ausnahmsweise den Rechtskreis Dritter, nicht am Rechtsgeschäft beteiligter Personen, so werden sie als Reflexwirkungen des Rechtsgeschäfts bezeichnet⁷¹. Da sie aufgrund vorangegangener gesetzlicher Wertung eintreten, sind auch dann, wenn sie belastend wirken, keine ungerechten Ergebnisse zu besorgen. Beispiele begünstigender Reflexwirkungen sind die Erweiterung des Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts durch Erlöschen des Rechts eines Mitberechtigten (§§ 502, 513 BGB) oder der Erwerb der Eigentümerhypothek infolge von Bezahlung der Forderung durch einen unbeteiligten Dritten (§ 1163 BGB). Der Gläubiger einer verpfändeten Forderung erwirbt, wenn der Pfandgläubiger sie bei dem Schuldner einzieht, mit der Leistung an diesen nach § 1287 BGB unmittelbar Eigentum an dem geleisteten Gegenstand. Auch der Erbschaftserwerb des Nächstberufenen, wenn die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit von einem fernerstehenden Berufenen durchgeführt wird (§ 2341 BGB) oder der Erwerb der Schatzhälfte für den

⁶⁹ Schlüter, a.a.O., S. 40/41.

⁷⁰ Schlüter, a.a.O., S. 41

⁷¹ v. Thur, a.a.O., S. 12 und S. 147; Schlüter, a.a.O., S. 41; der Begriff "Reflexwirkung" geht auf v. Ihering zurück, der sich in seinem Aufsatz: "Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen" (Iher.Jb. 10, S. 244ff.) erstmal grundlegend mit diesen Erscheinungen befaßt hat.

Grundstückseigentümer infolge der Tätigkeit des Finders (§ 984 BGB) gehören dazu. Belastende Reflexwirkungen entstehen beispielsweise im Falle des § 881 Abs. 1 BGB (Rücktritt der eingetragenen Hypothek bei vereinbartem Rangvorbehalt), im Falle des § 356 S. 2 BGB (Erlöschen des Rücktrittsrechts aller Rücktrittsberechtigten bei Verzicht eines Berechtigten) oder bei der Annahme der Erbschaft, die die Erbenhaftung gemäß § 1967ff. BGB nach sich zieht.

Derartige Reflexwirkungen eines Rechtsgeschäfts, seien sie begünstigender oder belastender Natur, setzen stets eine rechtliche Beziehung zwischen den Parteien und dem von der Reflexwirkung betroffenen Dritten voraus. Fehlt es an einer solchen Beziehung, so kann z. B. ein Rechtsgeschäft zwischen A und B zwar die Interessen des D schädigen, aber nicht seine Rechtslage nachteilig verändern. In einem solchen Falle handelt es sich zwar ebenfalls um Reflexwirkungen, nicht jedoch um solche eines Rechtsgeschäfts, sondern um sogenannte faktische oder tatsächliche Reflexwirkungen⁷².

3. Die "accidentalia negotii"

Sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt, können die Parteien die durch die essentialia bestimmten regelmäßigen Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts abändern, z. B. den Leistungsort abweichend von § 269 BGB bestimmen, die Haftung für Mängel beim Kauf (§§ 459ff. BGB) abändern oder ganz ausschließen oder anstelle des üblichen Lohnes (§§ 612, 632, 653 BGB) eine bestimmte Vergütung vereinbaren. Diese willkürlichen Abweichungen von den "naturalia negotii" können als "accidentalia negotii" bezeichnet⁷³ oder mit Rücksicht darauf, daß es sich auch bei ihnen um Rechtswirkungen handelt, die auf den Willen der am Rechtsgeschäft beteiligten Rechtssubjekte beruhen, ebenfalls zu den von Schlüter ent-

⁷² v. Thur, a.a.O., S. 167/168.

⁷³ Enneccerus-Nipperdey, § 189 IV, S. 1151; v. Thur, a.a.O., S. 195; Lehmann/Hübner, § 26 II, 2b, S. 166.

wickelten "subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts"⁷⁴ gezählt werden.

4. Die tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts

Die durch den Willen der Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie erzeugten und die objektiven gesetzlichen Rechtswirkungen treten aufgrund der Anordnung des Gesetzes ein. Diesen Ursachenzusammenhang, bei dem nach der Rechtsordnung bestimmte Tatsachen bestimmte Rechtswirkungen nach sich ziehen, bezeichnet man als "juristische Kausalität"⁷⁵. Diese aufgrund juristischer Kausalität eintretenden Rechtswirkungen können ihrerseits aufgrund der Kausalität des natürlichen Geschehens Wirkungen tatsächlicher Art des inneren und äußeren Lebens hervorrufen, die unübersehbar sind und von der Beeinträchtigung von Rechten, Interessen und Chancen bis zur Vereitelung von Hoffnungen reichen können⁷⁶. Verkauft und übereignet z. B. der Grundstückeigentümer E sein Grundstück an F, obwohl er es zuvor bereits an K formgerecht verkauft hatte, so hat die Übereignung an F nach der natürlichen Kausalität zugleich die Unmöglichkeit der Übereignung an K zur Folge, was wiederum Ansprüche des K gegen E aus § 325 BGB auslöst. Auch andere Interessenten können das Grundstück nun nicht mehr erwerben. Den Gläubigern des E wird gleichzeitig ein Zugriffsobjekt entzogen, während diejenigen des F ein - möglicherweise weiteres - Zugriffsobjekt erhalten. E erhält durch die Zahlung des Kaufpreises demgegenüber die Möglichkeit, seine Gläubiger zu befriedigen oder kann nunmehr auf dem Grundstück ein unter Umständen langersehntes Projekt verwirklichen etc..

Die im Rechtskreis eines Dritten ohne Bestehen einer rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien eintretenden Auswir-

⁷⁴ vgl. Schlüter, S. 39/40.

⁷⁵ Zitelmann, Irrtum S. 214ff., 221; v. Thur, a.a.O., S. 5 (Fn. 11).

⁷⁶ Schlüter, a.a.O., S. 42.

kungen bezeichnet man als faktische oder tatsächliche Reflexwirkungen⁷⁷. Beispiel einer solchen tatsächlichen Reflexwirkung ist die sich bei Erteilung einer Vollmacht für den Dritten ergebende Möglichkeit, mit dem Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und wider den Vollmachtgeber zu schließen.

III. Schlußfolgerungen für die Bestimmung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG

Aus der Definition des Rechtsgeschäfts und seinen Wirkungen lassen sich für die Beurteilung der Beachtlichkeit der einzelnen Rechtsfolgen im Rahmen des § 7 BeurkG bereits erste Schlußfolgerungen ziehen.

Im Rahmen einer rechtlichen und insbesondere am Rechtsgeschäft orientierten Betrachtungsweise können nur aufgrund juristischer Kausalität eintretende Rechtswirkungen beachtlich sein. Damit scheiden die tatsächlichen Auswirkungen eines Rechtsgeschäftes schon allein aus diesem Grunde aus. Darüber hinaus verbietet sich ihre Berücksichtigung im Interesse der Rechtssicherheit. Anderenfalls würde der Anwendungsbereich der Bestimmung ebenso unüberschaubar wie die aufgrund der Kausalität des natürlichen Geschehens eintretenden, in ihrer Zahl und in ihren Wirkungen unüberschaubaren und nicht vorhersehbaren tatsächlichen Auswirkungen selbst.

Anders verhält es sich mit den "essentialia negotii". Sie sind, sofern sie vorteilsbegründend wirken, ohne weiteres beachtlich. Dies liegt angesichts ihres Charakters als vom Parteiwillen erfaßte, unentbehrliche, artbestimmende und damit den Kern des Rechtsgeschäfts bildende Bestandteile auf der Hand. Ohne sie würde kein Rechtsgeschäft oder kein Rechtsgeschäft dieser Art vorliegen.

⁷⁷ vgl. oben S. 22 (Fn. 72).

Nichts anderes kann für die zweite Gruppe der willensbestimmten Rechtswirkungen gelten, die Parteien über die wesentlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts hinaus abweichend von den naturalia negotii vereinbart haben ("accidentalia negotii"). Denn auch diese Rechtswirkungen läßt das Gesetz deshalb eintreten, weil sie in den zum rechtsgeschäftlichen Tatbestand gehörenden Willenserklärungen von den Parteien ausdrücklich als gewollt bezeichnet sind.

Die "naturalia negotii" oder "objektiv gesetzliche Rechtswirkungen" treten, gleichgültig ob sie dispositiv oder zwingend sind, grundsätzlich unabhängig vom Parteiwillen ein. Die Parteien können aber derartige ex lege eintretenden Rechtswirkungen auch willentlich festsetzen, indem sie ausdrücklich in ihre Erklärungen aufnehmen, so daß Willenserklärungen und gesetzliche Rechtswirkungen deckungsgleich sind. So können die Parteien beispielsweise ausdrücklich festlegen, daß der Verkäufer die Kosten der Übergabe der verkauften Sache und der Verkäufer die Kosten der Versendung oder beim Verkauf eines Grundstücks die Kosten der Auflassung und Eintragung zu tragen hat (§§ 448, 449 BGB). Der Käufer einer Sache kann sich ausdrücklich ausbedingen, bei Vorliegen bestimmter Mängel den Kaufvertrag wandeln oder den Kaufpreis mindern zu können (§§ 459ff. BGB) oder bei Verzug des Schuldners eine Nachfrist setzen und nach deren Verstreichung zurücktreten oder Schadensersatz verlangen zu dürfen (§ 326 BGB). Der Testator kann die Vergütung für den von ihm ernannten Testamentsvollstrecker festlegen (§ 2221 BGB). Obwohl sich die Rechtsfolgen bereits aus dem Gesetz ergeben und deren Vereinbarung daher vom Standpunkt eines objektiven Betrachters entbehrlich wäre, ist dies aus Sicht der Parteien nicht der Fall, wie sich bereits aus der ausdrücklichen Aufnahme derartiger Bestimmungen ergibt. Die Gründe für ein derartiges Vorgehen können unterschiedlicher Art sein und von der schlichten Absicht, eine umfassende vertragliche Regelung zu schaffen, bis zur Warnung der jeweils anderen Vertragspartei vor den Folgen einer Vertragsverletzung reichen. Der Eintritt dieser Rechtswirkungen ist ebenfalls auf den Parteiwillen und nicht auf die inhaltlich übereinstimmende Gesetzesvorschrift

zurückzuführen, so daß auch sie zu den "subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts" ⁷⁸ gehören. Zwar ließe sich die Vereinbarung hinwegdenken, ohne daß sich am Eintritt der Rechtsfolgen etwas ändern würde. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht, die Verabredung so zu behandeln, als wenn sie nicht erfolgt wäre⁷⁹. Eine derartige Auffassung würde nicht nur dem erklärten Parteiwillen widersprechen, sondern auch eine ungerechtfertigte und damit unzulässige Einschränkung des Grundsatzes der Privatautonomie bedeuten. Den Parteien ist es nämlich grundsätzlich gestattet, ein Rechtsverhältnis selbst zu begründen und inhaltlich auszugestalten. Die Rechtswirkungen dieses Rechtsverhältnisses treten sodann kraft des erklärten Parteiwillens ein. Nur dann, wenn die Parteierklärungen unvollständig sind oder der Parteiwille aus besonderen Gründen nicht oder nur mit anderem Inhalt oder in bestimmter Form von der Rechtsordnung anerkannt werden kann, greifen die gesetzlichen Regelungen Platz. Dieses Verhältnis zwischen Parteierklärung einerseits und Gesetzesvorschrift andererseits zeigt sich nicht zuletzt auch an den Folgen eines Irrtums über den Inhalt einer in die Erklärung aufgenommenen gesetzlichen Rechtsfolge. In einem solchen Falle ist nämlich nach herrschender Meinung eine Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums möglich, weil die Rechtsfolge selbst Vertragsinhalt geworden ist (sog. Inhaltsirrtum). Ist die Rechtsfolge demgegenüber nur vom Gesetz an die Willenserklärung geknüpft, liegt keine Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung vor. Der Erklärende irrt vielmehr lediglich über die Folgen seines Handelns. Diese aber sind, da sie von Rechts wegen eintreten, de lege lata "richtig". Der Irrtum ist als bloßer Motivirrtum unbeachtlich⁸⁰. Die "naturalia negotii" sind daher jedenfalls dann,

⁷⁸ vgl. Schlüter, S. 39/40.

⁷⁹ a.A. v. Thur, a.a.O., S. 195.

⁸⁰ Enneccerus-Nipperdey, § 167 IV, 5, S. 1041f.; Brox, AT, Rdnr. 377; Medicus, Rdnr. 133; Münchener Kommentar-Säcker, § 119 BGB Rdnr. 69f.; Staudinger-Dilcher, § 119 BGB, Rdnr. 33ff.; Palandt-Heinrichs, § 119 Anm. 5e; BAG, DB 1983, S. 1663, jeweils mit weiteren Nachweisen; a.A. v. Thur, a.a.O., S. 195 und S. 574; Flume, § 23 4d.

wenn sie Vertragsinhalt geworden sind und vorteilsbegründend wirken, beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG.

Definiert man das Rechtsgeschäft als Tatbestand, der aus einer oder mehreren Willenserklärungen und oft aus weiteren, durch den Willen ausgelösten Tatbestandsmerkmalen besteht, an die Rechtsordnung den Eintritt der gewollten Rechtswirkungen knüpft, so können auch die ex lege eintretenden Rechtswirkungen einen rechtsgeschäftlichen Regelungsgehalt aufweisen, indem sie ein privatautonom in Gang gesetztes Rechtsverhältnis ausgestalten. Daraus wiederum folgt für die Abgrenzung zwischen beachtlichem und unbeachtlichem rechtlichen Vorteil im Rahmen des § 7 BeurkG, daß nicht nur die willensbestimmten Rechtswirkungen kausal sein können, sondern grundsätzlich auch die willensunabhängig ex lege eintretenden, bzw. die "objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts" im Sinne Schlüters⁸¹. Anderenfalls würde die Anwendbarkeit des § 7 BeurkG oftmals vom reinen Zufall abhängen. Denn nicht immer machen sich die Parteien Gedanken über sämtliche sich aus dem Abschluß des Vertrages ergebenden Rechtswirkungen. Es hängt vielmehr vielfach von zufälligen Umständen und insbesondere von der Komplexität und Kompliziertheit eines vereinbarten Vertragstypus ab, ob die Parteien das Rechtsverhältnis in allen Einzelheiten regeln, oder ob sie davon absehen mit der Folge, daß unter Umständen auf gesetzliche Vorschriften zurückgegriffen werden muß. Je einfacher sich ein Rechtsverhältnis darstellt, um so vollständiger werden naturgemäß die sich daran anschließenden Rechtsfolgen ausdrücklich in die vom Parteiwillen erfaßte Regelung aufgenommen und damit Vertragsinhalt⁸². Die Nichtberücksichtigung der ex lege eintretenden Rechtswirkungen würde sich zudem zu Lasten Rechtsunkundiger auswirken. Der Rechtskundige nämlich könnte deren Aufnahme in die vertragliche Regelung zu vermeiden suchen, um sich den auch

⁸¹ vgl. Schlüter, S. 40.

⁸² vgl. Plume, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des DJT, S. 161.

ex lege ergebenden rechtlichen Vorteil ohne Auslösung der Rechtsfolgen des § 7 BeurkG zu verschaffen.

Innerhalb der "objektiven gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts" sind die unmittelbaren⁸³ ohne weiteres beachtlich. Sie entfalten eine gezielte privatautonome Wertung im Hinblick auf das Rechtsgeschäft selbst, weil sie direkt und unmittelbar an die Willenserklärung anknüpfen. Dies gilt jedenfalls insoweit, als sie eine Rechtsfolge zwischen den Vertragsparteien (inter partes) anordnen. Dabei ist unerheblich, ob sie dispositiv oder zwingender Natur sind. Der rechtsgeschäftliche Charakter dispositiver Vorschriften ergibt sich schon allein aus ihrer Funktion, einen unvollkommenen Parteiwillen zu ergänzen. Sie treffen in typischen Fallgestaltungen nämlich gerade für den Fall eine Regelung, daß die Parteien selbst privatautonom von einer Vereinbarung abgesehen haben. Die zwingenden gesetzlichen Vorschriften dienen dem Interessensausgleich zwischen den Vertragsparteien, damit der Vertragsgerechtigkeit und letztlich der Wahrung der Privatautonomie⁸⁴.

Diejenigen objektiv gesetzlichen Rechtswirkungen, die nicht im Verhältnis zum Vertragspartner, sondern gegenüber einem Dritten eintreten, die sogenannten Reflexwirkungen, dienen weder der Ergänzung des unvollständigen Parteiwillens noch der Aufrechterhaltung der Vertragsgerechtigkeit. Derartigen Bestimmungen fehlt in der Regel ein rechtsgeschäftlicher Regelungsgehalt. Ihnen liegt vielmehr eine gesetzliche Wertung zugrunde, so daß sie im Gegensatz zu Parteivereinbarungen, die sich auf die Rechtslage eines Dritten allenfalls begünstigend auswirken können (Stichwort: Kein Vertrag zu Lasten Dritter), sowohl begünstigende als auch belastende Rechtsfolgen auslösen können⁸⁵. Sie sind daher nur dann im Sinne des § 7 BeurkG beachtlich, wenn sie ausnahmsweise

⁸³ vgl. oben S. 21 (Fn. 70).

⁸⁴ So auch Hinz, a.a.O., S. 57f.

⁸⁵ So auch Hinz, a.a.O., S. 59f.

privatautonomen Regelungsgehalt aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die kraft Gesetzes eintretenden Reflexwirkungen unmittelbar durch das zugrundeliegende Rechtsgeschäft und nicht durch weitere tatsächliche Umstände ausgelöst werden. Denn es kann auch insoweit keinen Unterschied machen, ob die Vertragsparteien durch ihre Willenserklärungen die gesetzlichen Rechtsfolgen unmittelbar auslösen, oder ob der Notar die ihn begünstigende Rechtsfolge selbst durch Rechtsgeschäft mit dem Dritten herbeiführt. Gemäß § 7 BeurkG unwirksam wäre danach beispielsweise eine Beurkundung, wenn der Notar die Enterbung der Kinder seines Schwagers beurkundet. Die beurkundete Willenserklärung selbst wäre nur "darauf gerichtet", die Kinder des Erblassers zu enterben. Gleichzeitig löst sie jedoch die unmittelbar kraft Gesetzes eintretende weitere Rechtsfolge aus, daß die Schwester des Notars, mit der er im zweiten Grad in der Seitenlinie verwandt ist, einen größeren Erbteil erhält oder gar alleinige Erbin wird (§ 1931 Abs. 1 und Abs. 2 BGB).

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, daß die tatsächlichen Auswirkungen eines Rechtsgeschäfts im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtlich sind. Demgegenüber lösen die "essentialia negotii", die zum Vertragsinhalt gewordenen "naturalia negotii" und die "accidentalia negotii", also die "subjektiven, willensbestimmten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts", sowie die "unmittelbaren, objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen" des Rechtsgeschäfts die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG aus, und zwar unabhängig davon, ob sie gegenüber dem Vertragspartner (inter partes) oder als Reflex im Rechtskreis eines Dritten vorteilsbegründend eintreten.

Für die Beantwortung der danach noch offenen Frage, ob innerhalb der Gruppe der "objektiven gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts" auch die mittelbaren Rechtswirkungen⁸⁴ im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlich sind, läßt sich allein mit Hilfe einer am Rechtsgeschäft orientierten

⁸⁴ vgl. oben S. 21 (Fn. 70).

Betrachtungsweise nicht beantworten. Insoweit bedarf es vielmehr eines eingehenderen Rückgriffs auf den Schutzzweck der Norm, denn die Auslegung einer Norm hat sich vornehmlich an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers und den von ihm in Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen zu orientieren⁸⁷.

IV. Der Schutzzweck der Norm - Die Entstehungsgeschichte des § 7 BeurkG

Aufschluß über die Regelungsabsicht des Gesetzgebers gibt die Entstehungsgeschichte⁸⁸ des § 7 BeurkG. Da die Vorschrift § 171 FGG a.F. entspricht, darüber hinaus gem. § 27 BeurkG für solche Personen entsprechend gilt, die in einer Verfügung von Todes wegen bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, und somit auch an die Stelle des durch § 57 Abs. 3 Nr. 8 BeurkG aufgehobenen § 2235 BGB a.F. getreten ist⁸⁹, ist der Entstehungsgeschichte sowohl des § 2235 BGB a.F. als auch des § 171 FGG a.F. nachzugehen.

1. Die Entstehungsgeschichte des § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 05.03.1953 (BGBl. I, S. 33)

a) Römisches Recht

Bereits im römischen Recht gab es zahlreiche Bestimmungen zur Verhinderung der Einflußnahme auf letztwillige Verfügungen von Todes wegen. Die Römer maßen dem erklärten letzten Willen eine derartig große Bedeutung bei, daß er ursprünglich einer lex gleichkam und wie diese errichtet

⁸⁷ vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 298, 313ff.

⁸⁸ vgl. dazu Larenz, a.a.O., S. 315.

⁸⁹ Bt-Drs. V/3282, S. 29; Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 1; § 27 BeurkG, Rdnr. 1.

werden mußte⁹⁰. Nach zwischenzeitlicher Lockerung dieser Anforderungen und Anerkennung des durch Überreichung an den Regenten vollzogenen oder zu gerichtlichem Protokoll erklärten Testaments⁹¹ und insbesondere auch des "testamentum septem signis signatum" gelangte man zu der Auffassung, daß die freieren Formen mit Rücksicht auf die fehlende amtliche Mitwirkung nicht mehr die nötige Gewähr dafür böten, daß die Urkunde mit dem wahren Willen des Testators übereinstimme. Diese Befürchtung hatte man um so mehr, als es dem Testator gestattet war, seinen letzten Willen von einem anderen, einem sogenannten "tabellarius" oder "testamentarius" niederschreiben zu lassen. Es wurde daher zunächst gefordert, der Testator müsse in einem solchen Falle wenigstens den Namen des Erben eigenhändig niederschreiben oder, falls er dazu nicht in der Lage sein sollte, den Namen der Erben in Gegenwart der Zeugen aussprechen und von diesen neben ihrer Unterschrift aufführen lassen⁹².

Nachdem die letztgenannte Verordnung durch Justinian aufgehoben worden war⁹³ und sich die Erbschleicherei in einer Art und Weise ausbreitete, bis sie geradezu gewerbsmäßig betrieben wurde⁹⁴, erging unter Kaiser Nero im Jahre 769 der Stadt⁹⁵ das "senatus consultum Liboniananum" (s.c.L.)⁹⁶, das, durch später sich daran anschließende kaiserliche Konstitutionen, insbesondere das "edictum claudii", ergänzt und ver-

⁹⁰ Vering, S. 72; Zitelmann, Gruchot, Bd. 22, S. 524.

⁹¹ L. 19 cod. de testamentatis 6.23; Dernburg, Erbrecht, S. 327.

⁹² L. 29 cod. de testamentatis 6.23; I. 14 pr., I. 15, § 1.3, I. 22, § 9 D. 48.10; v. Vangerow, Bd. II, § 433, Anm. 2 Nr. 6, S. 103; Zitelmann, a.a.O.

⁹³ Nov. 119 cap. 9 ("quia ex subtilitate plurima testamenta destructa fuerint").

⁹⁴ Zitelmann, a.a.O., S. 526.

⁹⁵ 75 n. Chr.

⁹⁶ tit. de lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Libonianum D. 48.10; vgl. dazu Windscheid, S. 238ff.; Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 158; v. Vangerow, Bd. II, § 433, Anm. 2, S. 102ff.; Zitelmann, a.a.O., S. 521ff.

schärft, über das Allgemeine Landrecht der Preußischen Staaten⁹⁷ und Bürgerliche Gesetzbuch auch das heutige Recht beeinflusst hat⁹⁸.

Das s.c.L. besagte, daß jede Verfügung zugunsten des "testamentarius" ungültig⁹⁹ sei und dem Schreiber die Strafe der "lex cornelia de falsis"¹⁰⁰ treffen sollte, es sei denn, sie war vom Testator eigenhändig bestätigt¹⁰¹ oder der Schreiber der einzige Intestaterbe¹⁰².

Da man davon ausging, der Schreiber eines Testaments könne leicht seine Stellung mißbrauchen, um dem Testator durch Fälschung oder andere Einflußnahme auf seinen letzten Willen Zuwendungen abzurufen¹⁰³, andererseits schon allein der Verdacht der Erbschleicherei verhindert werden sollte¹⁰⁴, unterlag dem s.c.L. jede Verfügung, durch die der Schreiber einen Vorteil erhielt, sei es, daß ihm selbst¹⁰⁵ oder einem in seiner Gewalt befindlichen Kind oder seinem Vater, in dessen Gewalt der Schreiber stand, oder eines Geschwisters, welches mit ihm in der Gewalt desselben Vaters stand, ein Legat ausgesetzt wurde¹⁰⁶, sei es daß er als eingesetzter (Mit-)Erbe

⁹⁷ Zitelmann, a.a.O., S. 524/525.

⁹⁸ Windscheid, S. 239; Dernburg, a.a.O., S. 158.

⁹⁹ L. 1 pr. de his, quae pro non scriptis habentur D. 34.8; I. 3 cod. his qui sibi adscribunt in testamento 9.23; v. Vangerow, Bd. II, § 433, Anm. 2 Nr. 5, S. 103; Windscheid, S. 238; Dernburg, a.a.O., S. 158; Zitelmann, a.a.O., S. 524.

¹⁰⁰ L. 1, § 8. I. 1.5.6.10.11.14.15.17.18.22. D. 48.10.

¹⁰¹ L. 1 § 8.I. 14 pr, I, 15 §§ 1.2.3. D. 48.10; I. 2.6. cod. 9.23; Windscheid, S. 238; Dernburg, a.a.O., S. 158.

¹⁰² L. 1. cod. 9.23; I. 6 § 3; I. 14 § 2 D. 48.10; Zitelmann, a.a.O., S. 526.

¹⁰³ Dernburg, a.a.O., S. 158; ders. Erbrecht, S. 336 (Fn. 1).

¹⁰⁴ v. Vangerow, Bd. II, § 433 Anm. 2 Nr. 6, S. 103; Zitelmann, a.a.O., S. 526.

¹⁰⁵ L. 6 D. 48.10.

¹⁰⁶ L. 14 pr. I. 10, D. 48.10.

die Enterbung eines Sohnes des Erblassers und anderer Personen¹⁰⁷ oder die Ademption eines Legats¹⁰⁸ oder einer konzedierten Freiheit niederschrieb. Selbst die Bestätigung eines Kodizills, in dem ihm ein Vermächtnis ausgesetzt worden war, fiel darunter¹⁰⁹. Ebenso wie nach § 7 BeurkG war die letztwillige Verfügung nicht insgesamt nichtig. Die Disposition wurde vielmehr nur insoweit als nicht geschrieben angesehen, als sie dem Schreiber Vorteil brachte¹¹⁰. Dementsprechend war beispielsweise ein Vermächtnis, welches dem Schreiber und einem Dritten gemeinschaftlich zugedacht war, in Bezug auf den Schreiber ungültig, in Bezug auf den Dritten jedoch wirksam¹¹¹.

Nach römischem Recht waren somit Verfügungen jeder Art¹¹² zugunsten des Schreibers unwirksam, unabhängig davon, ob es sich um die Zuwendung unmittelbarer oder mittelbarer Vorteile handelte¹¹³. Voraussetzung war stets nur, daß er selbst auch wirklich erwarb, wie z. B. über seinen Sklaven oder seinen Haussohn¹¹⁴, also nicht, wenn er dem Sklaven für den Fall der Freiheit oder dem Sohn für den Fall der Emanzipation ein Legat zuschrieb¹¹⁵. Auch die sogenannten Reflexwirkungen des Rechtsgeschäfts wurden als den Verdacht der Erbschleicherei begründet und damit als beachtlich im Sinne des s.c.L. angesehen. Dies zeigt insbesondere die Sanktion der Niederschrift der Enterbung der Söhne des Testators durch

¹⁰⁷ L. 6 § 1 D. 48.10.

¹⁰⁸ L. 6 § 2 D. 48.10.

¹⁰⁹ L. 22 § 6 D. 48.10.

¹¹⁰ L. 1 D. 34.8; v. Vangerow, a.a.O.

¹¹¹ L. 14 § 1 D. 48.10; v. Vangerow, a.a.O.

¹¹² Windscheid, S. 239; Zitelmann, a.a.O., S. 525; v. Vangerow, a.a.O., Nr. 3 S. 102.

¹¹³ Zitelmann, a.a.O.; v. Vangerow, a.a.O., Nr. 4, S. 103.

¹¹⁴ L. 15 D. 48.10.

¹¹⁵ L. 22 § 5 D. 48.10.

den eingesetzten Erben¹¹⁶. Die Erklärung selbst entfaltet primär Rechtswirkungen nur im Verhältnis zwischen dem Testator und seinen Kindern. Es handelt sich um eine die Kinder des Testators benachteiligende Verfügung. Sie gehen ihres Erbenspruchs verlustig. Auf den Rechtskreis des "testamentarius" wirkt sich die Enterbung allein kraft Gesetzes aus, indem er als eingesetzter Erbe nunmehr alleiniger Erbe wird. Entsprechendes gilt für den Fall, daß der Schreiber als eingesetzter Erbe ein Vermächtnis entzog. Auch hier wirkt die letztwillige Verfügung primär nur zwischen dem Testator und dem Vermächtnisnehmer. Für den Erben bedeutet der Wegfall des Vermächtnisses, daß ihm nunmehr ein ungeschmälertes Erbe vermacht ist.

b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR)

Auch den einschlägigen Vorschriften des ALR lag ebenso wie dem s.c.L. der Gedanke zugrunde, den letzten Willen des Erblassers zu schützen. Nicht nur Erbschleichereien und sonstige Unredlichkeiten bei Abfassung des Testaments sollten verhindert werden, sondern bereits der bloße Verdacht, der Testator könne nicht völlig frei und unbefangen seinen letzten Willen erklärt haben¹¹⁷.

Nachdem in Deutschland neben dem römisch-justitianischen Privattestament vor sieben Zeugen und dem Testament zu gerichtlichem Protokoll insbesondere die vom kanonischen Recht bestätigte Form der Errichtung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen größere Verbreitung erfahren hatte, es jedoch bei den freieren Formen zu einer Vielzahl von Prozessen gekommen war, wurde zu deren Verhinderung zunächst in der Konstitution Friedrich-Wilhems I. vom 03.09.1718 für die Kurmark die Gerichtlichkeit der Testamente schlechthin vor-

¹¹⁶ vgl. oben Fn. 107.

¹¹⁷ Bornemann, Bd. 6, S. 32; Zitelmann, a.a.O., S. 528ff.; Präj. des Kgl. Ober-Tribunals v. 10.12.1851 bei Striethorst Archiv, Bd. 4, S. 163 und Erkenntnis v. 22.04.1870 bei Striethorst Archiv, Bd. 77, S. 90.

geschrieben¹¹⁸. Nach zwischenzeitlicher Lockerung dieser Vorschriften kam das Projekt des corpus juris Fridericiani darauf zurück, da man andere Testamente, welche bisher "merentheils von unerfahrenen notariies, Priestern, Prokuratoren und anderen Umläufnern fabricirt" wurden, nicht mehr als genügend ansah¹¹⁹.

An diesem Grundgedanken hielt man auch bei Abfassung des ALR fest. Die Abschaffung des Privattestaments vor sieben Zeugen, so wurde argumentiert, sei notwendig, weil diese "dabei zu beobachtenden Pointillen zu Prozessen und frivolen Anfechtungen letztwilliger Dispositionen geführt" habe. Testamente erforderten schon um deswillen einen stärkeren und zuverlässigeren Beweis über die Gewißheit des Willens, folglich auch eine bestimmte und festere Form als Kontrakte unter Lebenden, weil die Wahrheit und Richtigkeit der Testamente allemal erst nach dem Tode des Erblassers zur Sprache komme, und alsdann niemand mehr vorhanden sei, der über die Sache Auskunft geben und die Mittel, vorgefallene Betrügereien und Unrichtigkeiten an den Tag zu bringen, "suppeditionieren" könne¹²⁰. Das ALR schreibt daher vor, daß jedes Testament oder Kodizill in der Regel vom Testator selbst dem Gericht übergeben oder zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden müsse (vgl. ALR Teil I, Titel 12, § 66) und gestattete nur aus besonderen Gründen in einzelnen Fällen Ausnahmen von dieser Regel. Darüber hinaus sollten zahlreiche weitere Vorschriften den letzten Willen der Parteien sichern (vgl. ALR, a.a.O. §§ 66ff.). Dem Testator wurde gestattet, sein Testament oder Kodizill dem Gericht versiegelt zu übergeben (ALR, a.a.O., § 100) oder seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll zu erklären (ALR, a.a.O. § 104). Im ersteren Falle mußte das Schriftstück vom Testator selbst ge- oder zumin-

¹¹⁸ Konstitution wegen Abkürzung der Prozesse in der Churmark v. 03.09.1718, § 38 C.C. II, S. 654.

¹¹⁹ Projekt des corpus juris Fridericiani von 1751, Part. II, lib. VII, tit. 2 § 13; Dernburg, Erbrecht, S. 328; Zitelmann, a.a.O., S. 527.

¹²⁰ Suarez, Schlußvorträge, in v. Kampz, Jahrb., Bd. 41, S. 76.

dest unterschrieben sein (ALR, a.a.O., § 101), worüber der Richter den Testator ausdrücklich zu vernehmen, im übrigen aber sicher aller Fragen über den Inhalt des Testaments zu enthalten hatte (ALR, a.a.O., §§ 102, 103). Bei einem mündlich zu Protokoll erklärten Testament hatte der Richter alle Förmlichkeiten zu beachten, die nach der Prozeßordnung für gerichtliche Protokolle vorgesehen waren (ALR, a.a.O., § 105). War letzterer dazu nicht imstande, mußte sein Handzeichen durch zwei hinzugezogene Männer bezeugt werden (ALR, a.a.O., § 115), wobei diese die "Eigenschaften gültiger Instrumentszeugen" besitzen mußten (ALR, a.a.O., § 117). Wer selbst in einem Testament oder Kodizill zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht war, schied als Zeuge aus (ALR, a.a.O., § 119).

Mit Rücksicht auf die Anordnung der Gerichtlichkeit und insbesondere die zahlreichen ergänzenden Formvorschriften sah man die Gefahr eines Mißbrauchs beim Niederschreiben des Entwurfs eines Testaments oder Kodizills als gering an¹²¹. Dies führte dazu, daß dem s.c.L. im ersten ungedruckten Gesetzesentwurf keinerlei Rechnung getragen wurde. Trotz eines entsprechenden Hinweises von Suarez¹²² enthielt der erste gedruckte Entwurf lediglich eine Regelung für die Aussetzung eines Vermächtnisses in einem mündlichen Testament (§§ 82 - 84). Diese Ergänzung wurde jedoch als unvollständig und unzureichend beanstandet¹²³. Man verwies darauf, daß nach den Grundsätzen des ALR jede letztwillige Verfügung, von wenigen Ausnahmen einmal abgesehen, ihre Glaubwürdigkeit und Gültigkeit erst dadurch erhalte, daß sie von einem gehörig besetzten Gericht auf- oder angenommen werde. Weder der Richter noch die übrigen ihm beigeordneten Personen seien jedoch glaubwürdig, wenn sie für sich selbst oder für eine andere Person, für die sie eine richterliche Handlung nicht vornehmen könnten, etwas beglaubigen. Dies

¹²¹ Dernburg, Erbrecht, S. 336.

¹²² Motive ALR, S. 119.

¹²³ Motive ALR, S. 120.

begründete daher die Nichtigkeit der Verhandlung insoweit, als der Richter selbst oder sein Verwandter betroffen sei. Außerdem sei kein Grund vorhanden, einen Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Legaten zu machen. In beiden Fällen sei der Richter, wenn sie ihm oder seinen Verwandten ausgesetzt würden, interessiert und damit nicht glaubwürdig.

Diesen Einwendungen wurde in teilweise dem s.c.L. nachgebildeten Vorschriften¹²⁴ Rechnung getragen. Auf Vorschlag von Suarez wurde in den geänderten Entwurf (vgl. §§ 111-116)¹²⁵ und schließlich in die endgültige Fassung (vgl. ALR, a.a.O., §§ 133 - 139) aufgenommen, daß der Richter und jede Gerichtsperson in einem schriftlich abgefaßten und versiegelt übergebenen Testament zum Erben eingesetzt werden könne, ohne daß es einer besonderen Form bedürfe (ALR, a.a.O., § 133). Sollte der Richter oder ein naher Verwandter des Richters¹²⁶ jedoch in einem mündlichen Testament zum Erben ernannt werden, so durfte er sich damit nicht befassen, sondern mußte den Testator an ein anderes Gericht verweisen (ALR, a.a.O., § 134). Andere zur Mitwirkung berufene Personen, die zum Erben ernannt werden sollten, hatte der Richter zu entfernen und durch andere zu ersetzen (ALR, a.a.O., § 135). Anderenfalls war das Testament in beiden Fällen insgesamt ungültig (ALR, a.a.O., § 139)¹²⁷. Anders war die Rechtslage, wenn dem Richter oder einer der übrigen bei der Handlung mitwirkenden Personen nur ein Vermächtnis ausgesetzt werden sollte. In diesem Falle war das Testament wirksam, wenn der Testator bei der Unterschrift oder an der entsprechenden Stelle am Rande eigenhändig bezeugte, daß dies wirklich seine Absicht sei (ALR, a.a.O., § 136). Konnte er nicht schreiben, so mußte der Vermerk von zwei Zeugen unterschrieben werden (ALR, a.a.O., § 137). War die Unter-

¹²⁴ Gruchot, Bd. 1 S. 483.

¹²⁵ Entwurf ALR, S. 34f.

¹²⁶ Gruchot, a.a.O., S. 485; Bornemann, a.a.O., S. 26f.; Koch-Vierhaus, S. 42 (Fn. 59).

¹²⁷ Dernburg, Erbrecht, S. 338; Gruchot, a.a.O.; Bornemann, a.a.O., S. 32.

schrift versäumt worden, so war das Vermächtnis, nicht aber die letztwillige Verfügung insgesamt nichtig (ALR, a.a.O., § 138)¹²⁸. Legate, die den zwanzigsten Teil des Nachlasses wahrscheinlich oder nach der Versicherung des Erblassers nicht überstiegen, durften auch ohne gerichtliche Übergabe durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Kodizille verordnet werden (ALR, a.a.O., § 161).

Die Gesetzesfassung griff somit die oben dargelegten Einwendungen nur für das mündlich zu Protokoll erklärte Testament auf. Eine unterschiedliche Bewertung der Erbeinsetzungen und der Legate erschien den Verfassern des ALR mit Rücksicht auf ALR § 161 geboten, weil die von dieser Norm erfaßten Legate auch trotz fehlerhaften gerichtlichen Verfahrens gültig blieben. Die Unterscheidung zwischen schriftlich abgefaßten und versiegelt übergebenen Testamenten einerseits und mündlichen Testamenten andererseits wurde damit begründet, daß der Testator ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung seines letzten Willen haben könne, der Richter aufgrund dessen bei einem schriftlichen und versiegelt übergebenen Testament sich nach dessen Inhalt nicht erkundigen dürfe (vgl. ALR, a.a.O., § 103), er folglich auch nicht wissen könne, ob er oder einer seiner Verwandten bei dem Testament beteiligt oder zur Vollziehung der Handlung berechtigt seien oder nicht. Auf der anderen Seite könne vom Testator nicht erwartet werden, daß er die für den Richter maßgeblichen Vorschriften und darüber hinaus auch dessen Verwandte kenne. Wollte man den Grundsatz, daß der Richter und seine Gehilfen auch bei einem schriftlichen Testament ganz unbeteiligt sein müßten, in seiner ganzen Strenge anwenden, so würde jeder, der ein unversiegeltes Testament überreiche, Gefahr laufen, daß wenigstens mehrere Bestimmungen desselben für ungeschrieben erachtet würden, weil das Gericht nicht so besetzt gewesen sei, wie die Gesetze dies verlangen. Der Zweck der im ALR vorgeschriebenen gerichtlichen Übergabe und Anerkennung der Testamente würde also verfehlt werden. Auch sei zu berücksichtigen, daß keine Fälle bekannt seien, in denen

¹²⁸ Dernburg, Erbrecht, S. 338.

die Bestimmung des ALR § 133 von richterlichen Personen mißbraucht worden sei. Bei der Vorsicht, mit der man bei der Besetzung der Richterstellen verfare, sei ein Mißbrauch auch nicht zu befürchten¹²⁹.

Nach preußischem Recht schadete es daher der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung nicht, wenn sie vom eingesetzten Erben oder Legatar verfaßt oder geschrieben war¹³⁰. Der Richter konnte bei einem schriftlich oder versiegelt übergebenen Testament ohne weiteres von der ihm gemachten Zuwendung Kenntnis haben, ja sogar das Testament, nachdem er zuvor den Testator beraten hatte, selbst geschrieben und versiegelt haben¹³¹. Wer nicht bei der Aufnahme selbst, sondern nur bei der Vorbereitung des Akts tätig war, wie der Schreiber oder Verfasser des Entwurfs eines Testaments, galt als "amtlich nicht betroffen"¹³².

Dies bedeutete jedoch entgegen der erklärten gesetzgeberischen Absicht zumindest teilweise eine Aushöhlung des ALR § 103, wonach sich der Richter zur Vermeidung einer Kenntnisnahme jeglicher Fragen über den Inhalt des Testaments zu enthalten hatte, und widersprach dem oben bereits dargelegten legislatorischen Zweck, der ebenso wie bei s.c.L. darauf gerichtet war, nicht nur Erbschleichereien und sonstige Unredlichkeiten zu verhindern, sondern bereits den bloßen Verdacht, der Testator könne nicht völlig frei und unbefangen seinen letzten Willen erklärt haben¹³³. Gerade bei einer "privaten Hilfestellung" in Abwesenheit von Zeugen, die die Erbinsetzung des "Helfers" zur Folge hat, drängt sich ein solcher Verdacht auf. ALR § 103 bot in diesem Falle keinerlei Schutz mehr. Wer sich selbst in einem Testament zum Erben

¹²⁹ Motive ALR, S. 121.

¹³⁰ Dernburg, Erbrecht, S. 336/337.

¹³¹ Bornemann, a.a.O.; Koch-Vierhaus, S. 21 (Fn. 82a) und S. 42 (Fn. 57).

¹³² Dernburg, a.a.O., S. 338; Gruchot, a.a.O., S. 484.

¹³³ vgl. oben Fn. 107.

eingesetzt hat, braucht nicht mehr nach dessen Inhalt zu fragen, um entsprechende Kenntnis zu erlangen. Abgesehen davon bestehen neben der Befragung vielfältige Möglichkeiten, das Gewünschte zu erfahren. Auch kommt der eigenhändigen Unterschrift im Falle einer vorherigen Einflußnahme auf den letzten Willen keine Schutzfunktion mehr zu.

c) § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 18.08.1896 (RGBl. I, S. 195)

Diese von den Kritikern der Bestimmungen des ALR bereits angesprochene Lücke bei der Verwirklichung des an sich sehr weitgehenden legislatorischen Zwecks hat man bei Schaffung des BGB zu schließen versucht.

aa) Die Materialien zu § 1916 Abs. 2 E 1

Der E 1 sah abweichend vom ALR vor, daß die Errichtung einer letztwilligen Verfügung, sofern nicht ein anderes ausdrücklich bestimmt war, nicht nur in gerichtlicher, sondern auch notarieller Form möglich sein sollte (§ 1914 E 1), und zwar durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer die Verfügung enthaltenen offenen oder verschlossenen Schrift, die nicht vom Erblasser selbst geschrieben sein mußte, verbunden mit der Erklärung, daß die Schrift die Verfügung enthalte (§ 1918 E 1, sog. ordentliche Testamentsform). Nach § 1916 Abs. 2 E 1 sollte jedoch bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung ein Richter, Gerichtsschreiber, Notar, Zeuge oder Urkundsperson von der Mitwirkung ausgeschlossen sein, der durch letztwillige Verfügung bedacht oder als Testamentsvollstrecker ernannt wird. Entsprechendes sollte für denjenigen gelten, der zu dem Bedachten oder ernannten Testamentsvollstrecker in einem der in Abs. 1 unter Nr. 1 und Nr. 2 bezeichneten Verhältnisse stand. Für den Fall unzulässiger Mitwirkung sah § 1916 Abs. 2 E 1 die Unwirksamkeit nur der Zuwendung an den Bedachten oder der Ernennung zum Testamentsvollstrecker vor. Für eine Unterscheidung zwischen mündlichem und ver-

siegeltem schriftlichen Testament sah man ebenso wie für eine Ausnahmeregelung hinsichtlich der Aussetzung eines Vermächnisses kein Bedürfnis. In Anlehnung des verschlossen übergebenen Testaments, so die Entwurfsbegründung, lasse sich für eine Beschränkung der Vorschrift zwar manches geltend machen. Eine Unterscheidung der einzelnen Errichtungsarten sei jedoch mißlich. Auch könne der Umstand, daß die Urkunde verschlossen übergeben werde, allein nicht genügen, um den Mangel der Kenntnis von deren Inhalt darzutun¹³⁴.

Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker sei der Bedeutung ohne Rücksicht darauf gleichzustellen, ob der Ernannte als Vollstrecker besonders bedacht sei. Gründe für eine Unterscheidung seien nicht vorhanden. Die Vergütung, die der Testamentvollstrecker für seine Geschäftsbesorgung zu beanspruchen habe, könne unter Umständen zu einer sehr hohen werden. In der Aussicht auf dieselbe liege möglicherweise ein bedenkllicher Anreiz, die Ernennung zum Vollstrecker in eigennützigem Interesse anzustreben. Selbst wenn der Erblasser eine Vergütung ausgeschlossen habe, komme dem Testamentvollstrecker jedoch allein kraft seines Amtes nach den entsprechenden Vorschriften des Entwurfs eine erhebliche Machtfülle zu. Dies allein rechtfertige wegen der zu besorgenden Gefahr des Mißbrauchs die Bestimmungen des § 1916 Abs. 2, der sich als reine Vorsichtsmaßregel darstelle¹³⁵.

Demgegenüber sei eine dem für das gemeine Recht geltenden s.c. Libonianum entsprechende Vorschrift entbehrlich. Den §§ 1916, 1917 E 1 liege der Gedanke zugrunde, daß jede Beeinflussung des Willens des Verfügenden fernzuhalten sei. Eine solche Beeinflussung stehe aber bei der Herstellung einer zu übergebenden Schrift nicht in Frage, zumal das s.c.L. sich nicht gegen den Verfasser, sondern gegen den Schreiber der die letztwillige Verfügung enthaltenen Schrift richte. Eine Fälschung zugunsten des Schreibens oder seiner

¹³⁴ Mot. V, S. 265.

¹³⁵ Mot. V, S. 265/266.

Angehörigen sei möglich, aber die Gefahr, daß auf diese Weise dem Willen des Verfügenden nicht Entsprechendes zur Geltung komme, liege mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Durchsicht und des späteren Nachweises der Fälschung fern. Durch eine Vorschrift im Sinne des s.c.L. würde vielmehr in vielen Fällen die Zuwendungsabsicht des Verfügenden vereitelt werden. In der Hauptsache würden nur Rechtsunkundige getroffen; denn bei Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift werde der Rechtskundige es nicht unterlassen, die Reinschrift durch einen Dritten bewirken zu lassen¹³⁶.

Diese beabsichtigte Regelung stieß auf Kritik. Den Entwurfsverfassern wurde entgegengehalten, der Entwurf enthalte eine ungerechtfertigte Verschärfung des geltenden Rechts. Die Übertragung der Vorschrift von dem mündlich erklärten auf das schriftlich überreichte Testament widerspreche dem preußischen und französischen, die Ausdehnung derselben auf die Ernennung zum Testamentsvollstrecker auch dem bayerischen und englischen Recht. Der Hergang beim Testierakt erfordere die Ausschließung bedachter Personen nur, wenn das Testament mündlich erklärt werde, da auch im Falle der Überreichung einer offenen Urkunde der verhandelnde Beamte von deren Inhalt keine Kenntnis nehmen dürfe. Die Erstreckung der Vorschrift auf den Fall der Übergabe einer verschlossenen Schrift sei daher nicht zu rechtfertigen, die Einbeziehung der Ernennung zum Testamentsvollstrecker unbegründet und unpraktisch, da es wenigstens in Bayern durchaus zweckmäßig und gebräuchlich sei, denselben Notar zum Testamentsvollstrecker zu berufen, der bei der Errichtung des letzten Willens amtlich mitgewirkt habe. Die Gebühren des Testamentsvollstreckers könnten, soweit sie sich in den Grenzen des üblichen hielten, nicht als eine Zuwendung angesehen werden; soweit sie dieses Maß überschritten, werde der Mehrbetrag als ein Vermächtnis an eine mitwirkende

¹³⁶ Mot. V, S. 275.

Person anzusehen und deshalb abzusetzen, die Ernennung zum Testamentsvollstrecker aber aufrecht zu erhalten sein¹³⁷.

Dieser auf eine doppelte Einschränkung des Entwurfs - Ausscheidung der Ernennung zum Testamentsvollstecker und Ausschluß nur für den Fall mündlicher Testamentserrichtungsgeschichtete Änderungsantrag wurde jedoch von der Mehrheit abgelehnt. Man ging davon aus, daß hinsichtlich der Unbefangenheit der mitwirkenden Personen nicht nur auf den Errichtungsakt selbst, sondern auch auf die mögliche Gestaltung der Verhältnisse in späterer Zeit Rücksicht zu nehmen sei. Diese würden es häufig mit sich bringen, daß die mitwirkenden Personen in einem Rechtsstreit über die Gültigkeit des Testaments als einzige Zeugen benannt würden. Personen, die am Ausgang des Rechtsstreits ein Vermögensinteresse hätten, seien niemals einwandfreie Zeugen. Zwar werde die heutige Stellung der Richter und Notare den aus einem Vermögensinteresse hergeleiteten Verdacht als unbegründet erscheinen lassen. Es sei jedoch dem Ansehen der Rechtspflege besser gedient, wenn das Zeugnis der Gerichtspersonen von jedem Schatten eines Verdachts freigehalten und das erkennende Gericht nicht in die Lage gebracht werde, den Einfluß eines Vermögensvorteils auf die Glaubwürdigkeit solcher Zeugen zu erörtern. Diese Gründe seien bei einem schriftlich und verschlossen übergebenen Testament wie bei einem mündlich erklärten Testament gleichermaßen wichtig. Zudem erreiche eine Unterscheidung nicht ihren Zweck, da auch bei einem verschlossen übergebenen Testament die Möglichkeit bestehe, daß eine der mitwirkenden Personen, insbesondere der Notar, es geschrieben oder abgefaßt habe. Was den Inhalt der Verfügung anbelange, so rechtfertige sich die Gleichstellung der Ernennung zum Testamentsvollstrecker mit einer Zuwendung an die mitwirkenden Personen aus der Rücksicht auf das Erfordernis der vollen Lauterkeit des Hergangs und auf die bestehende Gewohnheit¹³⁸.

¹³⁷ Prot. V, S. 333f.

¹³⁸ Prot. V, S. 333.

bb) Die Materialien zu § 2201 E 2, 2209 E 2 rev. und § 2207 E 3

Nachdem § 1916 Abs. 2 E 1 sowohl im zweiten als auch im revidierten zweiten Entwurf lediglich redaktionell dahingehend geändert worden war, daß aus einem unselbständigen Absatz eine selbständige Vorschrift wurde (§ 2201 E 2), deren Bezifferung sich änderte (§ 2209 E 2 rev.), nahm der Bundesrat inhaltliche Änderungen vor. Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker wurde als Ausschließungsgrund fallengelassen (§ 2207 E 3). Die Gründe für diese Maßnahme lassen sich den Materialien und insbesondere der dem E 3 beigefügten Denkschrift nicht entnehmen¹³⁹. Sie sind nach wie vor unklar. Möglicherweise hat man sich veranlaßt gesehen, dem Hinweis der Kritiker des ersten Entwurfs auf das bayerische Recht und die in Bayern bestehende Übung, den bei der Testamentserrichtung amtierenden Notar häufig auch zum Testamentsvollstrecker zu berufen, Rechnung zu tragen¹⁴⁰.

cc) § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes v. 18.08.1896 (RGBl. I, S. 195)

§ 2207 E 3 ging nach den Beschlüssen des Reichstages in dritter Beratung wörtlich in § 2235 BGB auf. Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker wurde also auch darin nicht aufgenommen. Bei der Anwendung der Vorschrift machte man allerdings eine Einschränkung dergestalt, daß man entsprechend dem Vorschlag der Kritiker des ersten Entwurfs ein das angemessene Maß übersteigendes Honorar insoweit als Vermächtnis einer mitwirkenden Person und die Zuwendung gem. § 2235 BGB als ungültig ansah, als sie das angemessene Maß überschritt, die Ernennung zum Testamentsvollstrecker aber aufrechterhielt¹⁴¹.

¹³⁹ vgl. Denkschrift, S. 278ff.

¹⁴⁰ So auch Staudinger-Firsching, § 27 BeurkG, Rdnr. 1; Planck-Flad, § 2235 BGB, Anm. 2.

¹⁴¹ Staudinger-Firsching, a.a.O.; Planck-Flad, a.a.O.

d) Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (TestG) vom 31.07.1938 (RGBl. I, S. 973)¹⁴².

Anläßlich der Einführung des Deutschen Erbhofrechts in Österreich wurden auch die Vorschriften über die Errichtung von Verfügungen von Todes wegen und die hiermit zusammenhängenden Form- und Verfahrensfragen unter Aufhebung der entsprechenden Vorschriften im BGB einheitlich im TestG neu geregelt¹⁴³. Die Bestimmungen über die "Ausschließung wegen des Verhältnisses zum Bedachten" enthielt nunmehr § 8 TestG, der wörtlich dem § 2235 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 18.08.1896 (RGBl. I, S. 195) entsprach. Im Gegensatz zum früheren Recht wurde jedoch auch die Ernennung zum Testamentsvollstrecker einer Zuwendung gleichgestellt mit der Folge, daß die Mitwirkung des Ernannten bei der Testamentserrichtung die Ernennung unwirksam machte. Die Erweiterung ging zurück auf einen Vorschlag des Erbrechtausschusses¹⁴⁴. Dieser hatte unter Hinweis auf § 1916 Abs. 2 des ersten Entwurfs zum BGB ausgeführt, die Vergangenheit habe gezeigt, daß in der Aussicht auf eine Vergütung ein bedenklicher Anreiz liege, die Ernennung zu erstreben. Selbst wenn der Erblasser eine Vergütung ausgeschlossen habe, so gewähre das Amt des Vollstreckers regelmäßig wichtige Verfügungsbefugnisse, die wirtschaftlich bedeutender seien als ein erhebliches Vermächtnis. Sei die Vergütung nicht ausgeschlossen, so stehe die Benennung praktisch einer Zuwendung gleich¹⁴⁵. Die Erweiterung des Anwendungsberreichs auf die Ernennung zum Testamentsvollstrecker, so die amtliche Begründung weiter, habe zur Folge, daß der Notar in Zukunft nicht mehr dem Vorwurf ausgesetzt sein werde, den Erblasser bewogen zu haben, ohne ausreichenden Grund einen

¹⁴² vgl. allg. Vogels-Seybold, S. 13ff; Staudinger-Firsching, Vorbem. zu §§ 2229 bis 2264 BGB a.F., Rdnr. 5ff.

¹⁴³ vgl. Begründung zum TestG, DJ 1938, S. 1254; Staudinger-Firsching, a.a.O., Rdnr. 5.

¹⁴⁴ Begründung zum TestG, a.a.O., S. 1255.

¹⁴⁵ Lange, 1. Denkschrift, S. 760f.

Testamentsvollstrecker zu bestellen oder die Vergütung für dessen Tätigkeit unangemessen hoch festzusetzen¹⁴⁶.

e) Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (BüREG) vom 05.03.1953 (BGBl. I, S. 33)¹⁴⁷

Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 05.03.1953 hat das TestG vom 31.07.1938 mit Ausnahme des § 51 aufgehoben und an seine Stelle die §§ 2064, 2229 bis 2267, 2272 bis 2277, 2300 und 2300a dem BGB soweit möglich an ihrem alten Platz ohne sachliche Veränderung ihres Inhalts eingefügt. Das Gesetz vom 05.03.1953 wollte nicht neues Recht schaffen, sondern verfolgte, wie schon aus seiner Überschrift hervorgeht, in erster Linie gesetzestechnische Zwecke. Die Wiedereinführung geschah "fast mechanisch im bloßen Wege der Ummummerierung der Paragraphen"¹⁴⁸. An die Stelle des außer kraft gesetzten § 8 TestG trat somit der inhaltsgleiche § 2235 BGB als abschließende Regelung derjenigen Gründe, die notarielle Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen unwirksam machten¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Begründung zum TestG, a.a.O.

¹⁴⁷ vgl. allg. Finke, DnotZ 1953, S. 174ff.; Hedemann, JR 1953, S. 117f.; Rechenmacher, NJW 1953, S. 768ff.; Staudinger-Firsching, Vorbem. zu §§ 2229 bis 2264, Rdnr. 33ff.

¹⁴⁸ Hedemann, a.a.O.; Staudinger-Firsching, a.a.O., Rdnr. 33.

¹⁴⁹ Schlegelberger, § 168, Rdnr. 4; Vorbem. zu den §§ 170-173, Rdnr. 1 a.E.; Staudinger-Firsching, 10./11. Auflage, § 2232, Rdnr. 2; Keidel, 9. Auflage, § 168, Rdnr. 7 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; KGJ 51, 91.

2. Die Entstehungsgeschichte des § 171 FGG in der Fassung vom 17.05.1898 (RGBl. I, S. 189)

Die einheitliche Regelung des bürgerlichen Rechts führte aufgrund des engen Zusammenhangs des materiellen Rechts mit dem Verfahren der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch zu einer Neuordnung dieses Rechtsgebiets auf reichsrechtlicher Grundlage. Durch Beschluß des Bundesrates vom 14.06.1888 wurde der Kommission für die Ausarbeitung eines Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches der Auftrag erteilt, u. a. auch noch einen Entwurf zu einem Gesetz über die Angelegenheiten der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit auszuarbeiten. Dieser Entwurf wurde auch vorgelegt, konnte jedoch in der vorgegebenen Zeit nicht mehr beraten werden. Durch Beschluß des Bundesrates vom 04.12.1890 wurde die zweite Kommission berufen. Diese erklärte vor Eintritt in die Beratung des ersten Entwurfs, daß sie es für notwendig erachte, "daß die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch ein Reichsgesetz soweit geregelt werden, als zur einheitlichen Durchführung des bürgerlichen Gesetzbuches erforderlich" sei. Diese Erklärung trug entscheidend zu der geplanten einheitlichen Regelung bei. Der Bundesrat billigte diese Auffassung und gab dem Art. 1 des EGBGB, welcher nach den Kommissionsbeschlüssen lautete: "Das Bürgerliche Gesetzbuch tritt am ... in Kraft", die jetzige Fassung, nach welcher das Bürgerliche Gesetzbuch gleichzeitig mit anderen Gesetzen und insbesondere "einem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" in Kraft tritt¹⁵⁰.

Die Denkschrift zu dem Reichstag zur Beschlußfassung vorgelegten "Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit" griff die Erklärung der zweiten Kommission ebenfalls auf und hob die Erforderlichkeit der Regelung zur gleichmäßigen Durchführung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nochmals ausdrücklich hervor. Eine einheitliche Regelung in dem bezeichneten Sinne sei "schon insofern geboten, als dadurch die Bevölkerung und den

¹⁵⁰ Schlegelberger, Einl. I, A, S. XV ff.

Behörden die Unzuträglichkeiten erspart" würden, "welche mit einer Verschiedenheit des Verfahrens auf den infragestehenden Gebieten verbunden" seien¹⁵¹.

Dieser in der Einleitung der Denkschrift besonders betonte Grundgedanke wurde auch bei der Fassung der einzelnen Bestimmungen konsequent weiterverfolgt. So heißt es u. a. in der Begründung zu § 6 des Entwurfs¹⁵², wenn die Vorschrift im Gegensatz zu § 41 Nr. 3 ZPO nur die Seitenverwandtschaft zweiten Grades für erheblich erkläre, so schließe sie sich "in dieser Beziehung den Vorschriften an, die im Bürgerlichen Gesetzbuch über die Unfähigkeit des Richters zur Aufnahme von Testamenten und Erbverträgen getroffen" seien (§§ 2234, 2235, 2236) und die nach den §§ 166, 167 des Entwurfs¹⁵³ auch für die gerichtliche Beurkundung sonstiger Rechtsgeschäfte gelten sollen"¹⁵⁴. "Was das Verfahren bei der Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden (§§ 164-179 des Entwurfs) anbelange, so habe sich das Bürgerliche Gesetzbuch darauf beschränkt, die Formen für die Testamenterrichtung sowie für den Abschluß eines Erbvertrages festzustellen (§§ 2233 - 2245, 2276). Dagegen enthalte es keine Bestimmungen darüber, wie der Richter oder Notar in den sonstigen Fällen zu verfahren" habe, "in welchen die gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts vorgesehen" sei. "Eine gleichmäßige Regelung des Verfahrens" sei "indessen auch hier durch die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs geboten". Der Entwurf schließe sich bei dieser Regelung in der Hauptsache den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Testament und den Erbvertrag an, berücksichtige aber zugleich die Vorschriften der geltenden Landesgesetze¹⁵⁵.

¹⁵¹ Denkschrift FGG, S. 291.

¹⁵² § 6 des Entwurfs entspricht § 3 FGG a.F.

¹⁵³ §§ 166, 167 des Entwurfs entsprechen §§ 170, 171 FGG a.F.

¹⁵⁴ Denkschrift FGG, a.a.O., S. 292.

¹⁵⁵ Denkschrift FGG, a.a.O., S. 319.

Das geltende Recht habe, was die Befähigung zur Mitwirkung bei Beurkundungen betreffe, vielfach weitergehende Vorschriften als der Entwurf. Insbesondere sei nach den §§ 5, 8 des Preußischen Gesetzes vom 11.07.1845 und ebenso nach anderen Landesgesetzen die Seitenverwandten der Beteiligten und derjenigen, zu deren Gunsten eine Verfügung getroffen werde, nicht nur bis zum zweiten, sondern bis zum dritten Grade ausgeschlossen. Das Badische Rechtspolizeigesetz dehne die Unfähigkeit sogar auf den vierten Grad aus. Ferner würden einige Gesetze, z. B. die Sächsische Notariatsordnung § 10 Nr. 1, den Ehegatten eines Beteiligten den Verlobten gleichstellen. Eine Beschränkung des Kreises solcher Angehöriger, deren Beteiligung den Richter oder den Notar von der Mitwirkung ausschließe, rechtfertige sich aber aus Gründen der Rechtssicherheit. Überdies könne "Der Entwurf für Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht strengere Erfordernisse aufstellen als das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 2234 - 2237) für Verfügungen von Todes wegen"¹³⁶.

§ 171 FGG a.F. knüpfte demgemäß an § 2235 BGB a.F. an, wonach bei der Errichtung eines Testaments als Richter, Notar, Urkundsbeamter der Geschäftsstelle oder Zeuge nicht mitwirken konnte, wer in dem Testament bedacht war oder wer zu einem Bedachten in einem Verhältnis der in § 2234 BGB (vgl. § 170 Nr. 2 und 3 FGG a.F.) bezeichneten Art stand. Lediglich die Worte "wer ... bedacht wird" sind ersetzt worden durch die Worte "zu dessen Gunsten in der Urkunde eine Verfügung getroffen wird", wobei Einigkeit darüber bestand, daß der Ausdruck "Verfügung" nicht im Sinne des BGB zu verstehen war, also nicht nur die Rechtsgeschäfte umfaßte, die unmittelbar ein Recht übertragen, belasten, ändern oder aufheben, sondern jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung bezeichnete¹³⁷. Während § 2235 BGB a.F. eine abschließende Regelung der Gründe enthielt, die eine notarielle Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen

¹³⁶ Denkschrift FGG, a.a.O., S. 320.

¹³⁷ Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 1 m.w.N.

unwirksam machten, enthielt somit § 171 FGG a.F. eine entsprechende Regelung für die Beurkundung sonstiger rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. Unterschieden sich die Vorschriften auch im Wortlaut, so lag ihnen doch dieselbe Regelungsabsicht zugrunde. Denn die Verfasser wollten erklärtermaßen nicht eine von den Bestimmungen des BGB völlig losgelöste neue Regelung schaffen, sondern eine einheitliche Regelung zur gleichmäßigen Durchführung der Vorschriften des BGB.

3. Das Beurkundungsgesetz vom 28.08.1979 (BGBl. I, S. 1513)

Der Wille, eine einheitliche, klare und übersichtliche Regelung zu schaffen, war auch bestimmend für die Neuregelung des Beurkundungsrechts, das bis dahin in zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen stark zersplittert war, durch das Beurkundungsgesetz vom 28.08.1969. Das Beurkundungsgesetz beruht im wesentlichen auf zwei Grundgedanken: Erleichterung des Beurkundungsverfahrens und Ordnung der Beurkundungszuständigkeiten. Der Erleichterung des Beurkundungsverfahrens dient das Beurkundungsgesetz, indem es die Formvorschriften des materiellen Rechts, die eine öffentliche Beurkundung vorsehen, einheitlich verfahrensrechtlich ergänzt¹⁵⁸. Gleichzeitig regelt es die zuvor vielfältigen und unübersichtlichen Beurkundungszuständigkeiten in der Weise neu, daß die Beurkundungsbefugnisse anderer Urkundspersonen und sonstiger Stellen, die neben dem Notar für Beurkundungen zuständig waren, fast völlig entfallen¹⁵⁹ und die Zuständigkeit des Notars zu einer nahezu ausschließlichen werden läßt¹⁶⁰. Dieser Einschränkung der Beurkundungszuständigkeiten liegt der Gedanke zugrunde, daß es sich bei der dem privaten Interesse

¹⁵⁸ BT-Drs. V/3282. S. 23.

¹⁵⁹ Zu Art und Umfang der Einschränkungen der Beurkundungszuständigkeiten vgl. BT-Drs. V/3282, S. 24ff., 27; Haegele, Rpfleger, 1969, S. 367ff.; Jansen, Einl. BeurkG, Rdnr. 7ff.

¹⁶⁰ BT-Drs. V/3282, S. 24; Keidel/Runtze/Winkler, BeurkG, Rdnr. 9.

dienenden öffentlichen Beurkundung von Willenserklärungen und sonstigen rechtserheblichen Tatsachen um vorsorgende Rechtspflege handelt, die einem unparteiischen und unabhängigen Organ anvertraut werden muß, da nur dann sichergestellt ist, daß die Beurkundung der Wahrheit entspricht¹⁶¹ und alle an der Beurkundung beteiligten Personen sachgemäß betreut, beraten und über die Tragweite des beabsichtigten Geschäfts belehrt werden¹⁶². Der Gesetzgeber geht davon aus, daß, von Ausnahmen abgesehen, nur der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege und Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO)¹⁶³, der mit sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist¹⁶⁴, in der Lage ist, dieser Aufgabe und insbesondere der Prüfungs- und Belehrungsfunktion¹⁶⁵ gerecht zu werden, die bei der notariellen Beurkundung von Willenserklärungen zur "Warnfunktion", "Klarstellungsfunktion" und "Beweisfunktion", die Formvorschriften allgemein bereits haben¹⁶⁶, hinzu kommt (vgl. §§ 17ff. BeurkG). Um andererseits sicherzustellen, daß der beurkundende Notar dieser Aufgabe auch nachkommt und seine Vertrauensstellung nicht mißbraucht, enthält das BeurkG in §§ 3, 6, 7 und 27 Bestimmungen, die den Notar in bestimmten Fällen, in denen seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gefährdet erscheint, von der Beurkundung ausschließen¹⁶⁷. Dies

¹⁶¹ BT-Drs. V/3282, S. 23.

¹⁶² BT-Drs. V/3282, S. 25.

¹⁶³ vgl. dazu BVerfGE 17, 371, 381; Arndt, § 1 BNotO, Anm. II, 2, 5; Feyock, DNotZ 1952, 244, 248ff.; Gonella, DNotZ 1956, 453; Hieber, DNotZ 1952, 258, 259, 1954, 461; Keidel/Kuntze/Winkler, Einl. BeurkG, Rdnr. 27.

¹⁶⁴ Arndt, § 1 BNotO, Anm. II, 3; Pfeiffer, DNotZ 1981, S. 5, 11; Seybold/Hornig, § 1 BNotO, Anm. 15f.; § 14 BNotO, Anm. 30; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.

¹⁶⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdnr. 24; Winkler, NJW 1971, S. 401, 403; Brambrink, NJW 1975, S. 1259.

¹⁶⁶ Heldrich, AcP 147, 89, 91ff.; Enneccerus-Nipperdey, § 154 II, S. 954; Larenz, AT, § 21 I a, 1,3; ders., Schuldrecht I, § 5; BGHZ 58, 386, 394.

¹⁶⁷ Jansen, § 3 BeurkG, Rdnr. 2; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 1a.

geschieht in gestaffelter Form. Während § 3 BeurkG lediglich eine Aufzählung sanktionsloser Mitwirkungsverbote für alle Beurkundungstätigkeiten des Notars enthält, heben die §§ 6, 7 und 27 BeurkG daraus für die Beurkundung von Willenserklärungen einige besonders bedeutsame hervor und qualifizieren sie als absolute Ausschließungsgründe, deren Verletzung die völlige (§ 6 BeurkG) oder teilweise (§§ 7, 27 BeurkG) Unwirksamkeit der Beurkundung nach sich zieht¹⁶⁸. § 7 BeurkG ist dabei dem § 171 FGG a.F. und § 27 BeurkG dem § 2235 BGB a.F. nachgebildet worden. Im Gegensatz zu § 2235 BGB a.F. enthält § 27 BeurkG jedoch keine abschließende Sonderregelung für die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, sondern stellt lediglich klar, daß die dort erwähnten Verfügungen von Todes wegen in jedem Falle für den beurkundenden Notar rechtlich vorteilhaft sind^{169/170}. Nach geltendem Recht ist demzufolge die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen sowohl an dem § 171 FGG a.F. nachgebildeten § 7 BeurkG als auch an dem § 2235 BGB-nachgebildeten § 27 BeurkG zu messen.

Die Entstehungsgeschichte des § 7 BeurkG läßt somit eine im Kern allen Bestimmungen gleichermaßen zugrundeliegende Regelungsabsicht deutlich werden: Der Wille des Erklärenden soll geschützt werden. Urkunde und Wille sollen übereinstimmen. Eine Übervorteilung eines Beteiligten soll ausgeschlossen

¹⁶⁸ Reidel/Kuntze/Winkler, § 3 BeurkG, Rdnr. 7ff.

¹⁶⁹ BT-Drs. V/3282, S. 29 und S. 34; Reidel/Kuntze/Winkler, § 27 BeurkG, Rdnr. 2; Staudinger-Firsching, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Huhn/v. Schuckmann, § 27 BeurkG, Rdnr. 4 und 5; Dittmann-Reimann, § 27 BeurkG, Rdnr. 2; Mecke, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Riedel/Feil, § 27 BeurkG, Rdnr. 1; Pa-landt-Heinrichs, § 27 BeurkG, Anm. 1; Haegele, Rpfleger 1969, S. 414, 416; ders., BeurkG Teil B, § 27 Bem. II.

¹⁷⁰ Diesen Regelungszusammenhang erkennt der BGH in seinem Urteil vom 04.02.1987 (WM 1987, S. 564f.), wenn er dort ausführt, es sei nicht möglich, in einem notariellen Testament gerade den beurkundenden Notar zum Testamentsvollstrecker zu bestellen, und zwar "unabhängig von der Frage" ob es sich dabei um einen rechtlichen Vorteil handle oder nicht.

werden¹⁷¹. Um dieses Ziel zu erreichen, soll die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Urkundspersonen und insbesondere des Notars, gesichert¹⁷² und das Ansehen der Rechtspflege und des Notarstandes gewahrt werden¹⁷³. Bereits der bloße Schein, der Testator könne nicht frei und unbefangen seinen letzten Willen erklärt haben, oder unter dem Einfluß des Notars sei eine sachlich nicht gerechtfertigte Beurkundung zustandegekommen, soll vermieden werden¹⁷⁴.

V. Konkretisierung der Ausgangsdefinition anhand des Schutzzwecks der Norm

1. Reicht allein die abstrakte Gefahr einer Einflußnahme des Notars zu seinem Vorteil oder zum Vorteil seiner in § 7 BeurkG genannten Angehörigen aus, um die Rechtsfolgen dieser Vorschrift auszulösen, so folgt daraus für die Feststellung eines rechtlichen Vorteils, daß es allein auf den abstrakten Rechtsbegriff ankommt. Die tatsächliche Erzielung des Vorteils ist unerheblich¹⁷⁵. Unbeachtlich ist es daher auch, wenn der Erwerb von Rechten mit der Übernahme von Verpflichtungen einhergeht¹⁷⁶, wie dies regelmäßig bei Verträgen der Fall ist.

¹⁷¹ Bt. Drs. V/3282, S. 29.

¹⁷² Jansen, a.a.O., Rdnr. 7; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 1.

¹⁷³ BT-Drs. V/3282, a.a.O.

¹⁷⁴ Jansen, a.a.O., Rdnr. 7; RGZ 121, 30, 35 zu § 171 Abs. 1 Nr. 1 FGG a.F.

¹⁷⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 9; Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Schlegelberger, § 171 Rdnr. 9, Fuchs, ZBIFG 6, 489, 494f; RGZ 88, 147, 150.

¹⁷⁶ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5; Schlegelberger, a.a.O.; Fuchs, a.a.O.

2. Für die Frage, wie die Kausalität zwischen Willenserklärung und rechtlichem Vorteil beschaffen sein muß, ergibt sich aus der Ratio des § 7 BeurkG die Notwendigkeit, grundsätzlich einen strengen Maßstab anzulegen¹⁷⁷. Nur so läßt sich auch der Verdacht einer Einflußnahme vermeiden. Ein strenger Maßstab wiederum würde es rechtfertigen, in Anlehnung an das Römische Recht den Begriff des rechtlichen Vorteils weit auszulegen und auch die mittelbaren objektiven Rechtswirkungen als beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG anzusehen, soweit sie vorteilsbegründend sind. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, daß sich ein Notar bei einer Beurkundung schon allein deshalb dazu verleiten läßt, Einfluß auf den Erklärenden zu nehmen, weil er die Möglichkeit sieht, daß ihm dadurch selbst oder einem seiner Angehörigen, ein rechtlicher Vorteil erwachsen könnte, wenn auch erst durch Hinzutreten weiterer noch ungewisser Umstände. Als Beispiel sei der vom Reichsgericht entschiedene Fall erwähnt¹⁷⁸, in dem ein Bürger einer Stadtgemeinde dieser einen Teil seines Grundstücks zwecks Änderung der Fluchtlinie abgetreten hatte, wodurch die beabsichtigte und später auch durchgeführte Erschließung von Grundstücken des Urkundsbeamten ermöglicht wurde, die Grundstücke Baulandqualität erhielten und der Urkundsbeamte entsprechende Anliegerrechte erwarb. Mögen auch die Erschließung der Grundstücke und der damit einhergehende Erwerb der Baulandqualität lediglich tatsächliche Auswirkungen des beurkundeten Rechtsgeschäfts sein, die als solche nur eine wirtschaftliche, nicht aber eine rechtliche Besserstellung der Urkundsperson zur Folge haben, mit der Folge, daß sie im Rahmen des § 7 BeurkG irrelevant wären, so würde doch der Erwerb der Anliegerrechte einen rechtlichen Vorteil darstellen. Die Aussicht auf einen derartigen - im entschiedenen Falle noch dazu praktisch sicheren Vorteil - begründet durchaus die Besorgnis, der Urkundsbeamte könne Einfluß auf den Erklärenden genommen haben.

¹⁷⁷ BT-Drs. V/3282, S. 29.

¹⁷⁸ RGZ 88, 147ff.

Gleichwohl sind die mittelbaren objektiven Rechtswirkungen im Ergebnis unbeachtlich. Das Beurkundungsverfahren, dessen Erleichterung sich der Gesetzgeber zum Ziel gesetzt hat, dient vor allem der Rechtsverwirklichung des Bürgers innerhalb der Privatrechtsordnung und damit der Privatautonomie¹⁷⁹. Den wahren Willen des oder der Erklärenden soll zum Erfolg verholfen werden. Es ist daher geboten, im Interesse des Bürgers, der auf die Beachtung der Verfahrensregeln normalerweise keinen Einfluß hat, sie in der Regel nicht einmal kennt, den Kreis und den Anwendungsbereich derjenigen Vorschriften, die Unwirksamkeit der Beurkundung und unter Umständen sogar die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben, eng zu ziehen¹⁸⁰. Im Spannungsfeld zwischen Sicherung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sowie des Ansehens des Notarstandes einerseits und der Verwirklichung der Privatautonomie andererseits gebührt letzterem Interesse der Vorrang. Anderenfalls würde der Gesetzeszweck verfehlt werden. Die Parteien erhielten "Steine statt Brot".

Zudem würde die Berücksichtigung der mittelbaren objektiven Rechtswirkungen den das Beurkundungsrecht gleichermaßen bestimmende Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit¹⁸¹ zuwiderlaufen. Mit Rücksicht darauf darf ein Mangel möglichst nur dann zur Unwirksamkeit führen, wenn wenigstens der Kundige ihn zum Zeitpunkt des Errichtungsakts¹⁸² aus der Urkunde selbst entnehmen kann¹⁸³. Dies ist bei den mittelbaren objektiven Rechtswirkungen nicht der Fall. Sie knüpfen nicht direkt und unmittelbar an die Willenserklärung an, sondern an einen weiteren Umstand, insbesondere an ein weiteres tatsächliches Verhalten, und bewerten dieses. Ihr

¹⁷⁹ BT-Drs. V/3282, S. 23.

¹⁸⁰ BT-Drs. V/3282, S. 24

¹⁸¹ vgl. dazu BGH WM 1987, S. 564, 567

¹⁸² Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 13; Soergel-Har-der, § 7 BeurkG, Rdnr. 5.

¹⁸³ vgl. dazu BT-Drs. V/3282, S. 29.

Eintritt ist daher zum Zeitpunkt des Errichtungsakts noch völlig ungewiß. Dies zeigt z. B. § 462 BGB, der nicht die Willenserklärungen der Parteien (Einigung über Ware und Preis), sondern die Lieferung einer mangelhaften Sache als tatsächliches weiteres, völlig ungewisses Verhalten bewertet.

Das Erfordernis der Erkennbarkeit der Besserstellung "aus der Urkunde selbst" bedeutet andererseits nicht, der rechtliche Vorteil müsse im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸⁴ "durch die in der Urkunde niedergelegte rechtsgeschäftliche Willenserklärung eintreten." Ausreichend ist es vielmehr, wenn sich die Besserstellung für den Kundigen aus der Urkunde in Verbindung mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften ergibt. Dies läßt sich insbesondere an § 27 BeurkG belegen, der, wie bereits erwähnt¹⁸⁵, keine abschließende Sonderregelung für die Beurkundung von Verfügung von Todes wegen enthält, sondern lediglich klarstellt, daß die darin erwähnten Verfügungen von Todes wegen in jedem Falle rechtlich vorteilhaft sind. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Ernennung zum Testamentsvollstrecker nicht nur wegen der mit dem Amt verbundenen Verfügungsbefugnisse als Ausschließungsgrund ansah, sondern gleichermaßen wegen des Anspruchs des Testamentsvollstreckers auf Vergütung seiner Tätigkeit. Der Vergütungsanspruch aber ergibt sich, wenn er - wie im Regelfall - nicht vom Erblasser bestimmt wurde, nicht aus der Urkunde selbst, sondern aus dem Gesetz (§ 2221 BGB).

Wenn der Gesetzgeber in § 7 BeurkG den erfaßten Personenkreis weiter als in §§ 171 FGG, 2235 BGB a.F. und in § 6 BeurkG gezogen hat, obwohl dadurch die Ausschließungsgründe schon allein deshalb häufig nicht aus der Urkunde ersichtlich sind, weil die genannten Personen andere Namen als der Notar tragen¹⁸⁶, so kann auch daraus nicht geschlos-

¹⁸⁴ RGZ 88, 147, 151; vgl. oben Fn. 34.

¹⁸⁵ vgl. oben Fn. 169.

¹⁸⁶ BT-Drs. V/3282, a.a.O.

sen werden, der Gesetzgeber habe generell der Wahrung des Ansehens des Notarstandes und der Verhinderung der Überverteilung Beteiligter Vorrang vor der Rechtssicherheit einräumen wollen. Dies kann vielmehr nur für den erfaßten Personenkreis angenommen werden. Eine extensive Auslegung der Vorschrift verbietet sich aus den genannten Gründen und mit Rücksicht auf ihren Ausnahmecharakter.

3. Die Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG

Der Schutzzweck der Norm verlangt somit keine Korrektur des bisherigen Ergebnisses. Nur die subjektiven, willensbestimmten und die unmittelbaren, objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts sind beachtlich i.S.d. § 7 BeurkG, und zwar unabhängig davon, ob sie gegenüber dem Vertragspartner oder ob sie als Reflex im Rechtskreis eines Dritten vorteilsbegründend eintreten. Die tatsächlichen Auswirkungen und die mittelbaren objektiven, gesetzlichen Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts vermögen demgegenüber die ausschließende Wirkung des § 7 BeurkG nicht auszulösen. Klarstellend ist lediglich hinzuzufügen, daß die rechtliche Vorteilhaftigkeit stets vom abstrakten Rechtsbegriff her zu beurteilen ist.

Es ergibt sich danach zusammenfassend folgende Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil":

Rechtlich vorteilhaft ist jede tatsächliche oder abstrakte Erweiterung von Rechten oder Verminderung von Pflichten, die willensbestimmt oder willensunabhängig unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Rechtswirkung ist, und zwar unabhängig davon, ob sie inter partes oder im Rechtskreis eines Dritten eintritt.

Zweiter Abschnitt: Die Anwendung der Definition des Begriffs "Rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG anhand von Einzelfallgruppen

Nachdem eine abstrakte Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" im Sinne des § 7 BeurkG entwickelt worden ist, ist diese am konkreten Einzelfall auf ihre Verwendbarkeit hin zu überprüfen. Denn nur mit einer Definition, die im Einzelfall, vor allem aber in problematischen und stark umstrittenen Einzelfällen eine hinreichend sichere, gleichzeitig aber dem Schutzzweck der Norm entsprechende Abgrenzung ermöglicht, lassen sich auch praktisch brauchbare Ergebnisse erzielen.

A. Mehrseitige Rechtsgeschäfte

Rechtsgeschäfte lassen sich in mehrseitige und einseitige Rechtsgeschäfte unterteilen. Unter den mehrseitigen Rechtsgeschäften sind am bedeutsamsten die Verträge.

I. Die gegenseitig verpflichtenden Verträge

Eine sichere und eindeutige Einordnung ermöglicht die hier gefundene Definition zunächst für die Fallgruppe der gegenseitig verpflichtenden Verträge.

1. Die gegenüber dem Vertragspartner bestehenden Rechtsfolgen

a) Die Simultanbeurkundung

Im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages gehen beide Vertragsparteien Verpflichtungen gerade deshalb ein, um die Gegenleistung zu erhalten. Die Parteien begründen willentlich synallagmatische Rechte und Pflichten und bestimmen durch ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen zumindest den Vertragstypus ("essentialia negotii"). Der Abschluß eines derartigen Vertrages ist daher für beide Vertragsparteien typi-

scherweise mit der Verschaffung eines rechtlichen Vorteils verbunden und löst ohne weiteres die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG aus. Dies gilt nach dem Schutzzweck der Norm unabhängig davon, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dem Vorteil Nachteile gegenüberstehen. Denn die Frage, ob eine Begünstigung vorliegt, ist vom Standpunkt des abstrakten Rechtsbegriffs aus zu beurteilen. Auch ist unerheblich, ob es sich um kausale oder abstrakte Rechtsgeschäfte handelt. Sämtliche gegenseitig verpflichtenden Verträge sind damit unabhängig von ihrem Vertragstypus für beide Parteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG¹⁸⁷.

b) Die Sukzessivbeurkundung (§ 128 BGB)

Dies entspricht für den Fall, daß Vertragsangebot und Annahme bei Anwesenheit beider Vertragsparteien erklärt und beurkundet werden, allgemeiner Meinung. Bei getrennter Beurkundung (§ 128 BGB) wird demgegenüber die rechtliche Vorteilhaftigkeit von Angebot und Annahme unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob die Urkundsperson oder ihr Angehöriger Anbietender oder Annehmender ist.

Unabhängig davon, wie Angebot und Annahme jeweils bewertet werden, erscheint eine getrennte rechtliche Würdigung bereits vom Ansatz her bedenklich. Angebot und Annahme sind einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Sie sind jedoch keine einseitigen Rechtsgeschäfte, sondern Teil des zweiseitigen Rechtsgeschäfts "Vertrag"¹⁸⁸. Weder der Anbietende noch der Annehmende bestimmt allein die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts. Die vertraglichen Rechtsfolgen werden vielmehr erst durch den vollendeten Vertragstat-

¹⁸⁷ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6.

¹⁸⁸ Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 2 u. § 151 BGB, Rdnr. 2; Staudinger-Dilcher, § 145 BGB, Rdnr. 1; Soergel-Hefermehl, § 145 BGB, Rdnr. 2; v. Thur, II, 1 § 53, 5, S. 224; Enneccerus-Nipperdey, § 146 I (Fn. 2); Lange, FS Reinhardt, S. 95.

bestand ausgelöst¹⁸⁹. Zwar muß das Angebot alle für den jeweiligen Vertragstypus erforderlichen Bestandteile enthalten, so daß sich der Annehmende auf ein schlichtes "ja" oder "einverstanden" beschränken kann¹⁹⁰. Durch diese Erklärung bringt jedoch der Annehmende seinerseits zum Ausdruck, daß die ihm angetragenen Rechtswirkungen auch von ihm gewollt sind. Er bestimmt durch seine Erklärung, mag sie auch noch so kurz ausfallen, in gleichem Maße wie der Anbietende den Inhalt des Rechtsgeschäfts und seiner Rechtswirkungen. Jede Vertragspartei will die beabsichtigte Rechtswirkung nicht, wie beim einseitigen Rechtsgeschäft, autonom, also nur durch seinen alleinigen Willen herbeiführen, sondern in Verbindung mit einer übereinstimmenden Willenserklärung der jeweils anderen Vertragspartei. Der Anbietende erwartet die Annahmeerklärung. Der Annehmende erklärt seinen Willen mit Rücksicht auf die ihm zugewandene Offerte¹⁹¹. Angebot und Annahme sind somit "voneinander genetisch abhängige Verpflichtungserklärungen"¹⁹². Ohne ein Angebot gibt es keine Annahmeerklärung, geschweige denn einen Vertrag. Fehlt eine wirksame Annahmeerklärung, etwa weil sie abgelehnt wurde oder nicht rechtzeitig erfolgte, so entfaltet auch das Angebot keine Rechtswirkungen mehr. Es erlischt (vgl. § 146 BGB)¹⁹³. Nicht nur das Angebot enthält die nach dem Willen der Vertragsparteien den Kern des Rechtsgeschäfts bildenden, artbestimmenden und unverzichtbaren Rechtswirkungen ("essentialia negotii")¹⁹⁴, sondern auch die Annahmeerklärung. Zugleich sind beide Erklärungen lediglich Bestandteile eines einheitli-

¹⁸⁹ Staudinger-Dilcher, a.a.O.; Kramer, S. 47.

¹⁹⁰ Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 2; Staudinger-Dilcher, a.a.O., Rdnr. 5.

¹⁹¹ v. Thur, II, 1, a.a.O.

¹⁹² Münchener Kommentar-Kramer, a.a.O., Rdnr. 2

¹⁹³ Münchener Kommentar-Kramer, § 146 BGB, Rdnr. 1f.

¹⁹⁴ vgl. dazu Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 3; Staudinger-Dilcher, a.a.O., Rdnr. 5.

chen Vertragstatbestandes¹⁹⁵. Entscheidend sind nicht sie, sondern die Einigung beider Parteien. Der Vertrag als ganzes steht im Vordergrund. Auf sein Zustandekommen zielen Angebot und Annahme ab. In ihm gehen beide auf. Beide sind ergänzungswillige und ergänzungsbedürftige Schritte zum Endziel "Vertrag" und schließen sich mit ihm zu einer selbstständigen Einheit zusammen. Angebot und Annahme haben so gesehen nur vorübergehende Bedeutung. Sie erscheinen als bloße Hilfsmittel des Vertragsschlusses, als Schritte zum Ganzen. Entsprechendes gilt für die Stellung des Antragsempfängers vor der Annahme. Auch sie ist lediglich Zwischenstation¹⁹⁶. Die Rechtsnatur von Angebot und Annahme, ihre Funktion innerhalb der Entstehung des einheitlichen Tatbestandes "Vertrag", insbesondere aber dessen alles überragende Bedeutung für beide Parteien, gebieten die Betrachtung und Bewertung von Angebot und Annahme ausschließlich aus seiner Sicht. Das auf Abschluß eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages gerichtete Angebot und die entsprechende Annahmeerklärung sind danach ebenso wie der gegenseitig verpflichtende Vertrag selbst jeweils für beide Parteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

Hält man trotz der vorstehend dargelegten Bedenken eine getrennte Prüfung von Angebot und Annahme auf ihre rechtliche Vorteilhaftigkeit hin für zulässig, so kann diese jedenfalls nicht isoliert und vom abstrakten Rechtsbegriff her generell für alle Arten von Verträgen einheitlich erfolgen, sondern nur konkret unter Berücksichtigung des erstrebten Vertrages. Andernfalls käme man zu untragbaren Ergebnissen¹⁹⁷. Dies zeigt folgendes Beispiel: Ein dem Notar oder einem seiner Angehörigen unterbreitetes verbindliches Vertragsangebot wird nach allgemeiner Meinung generell als

¹⁹⁵ v. Thur, a.a.O. (Fn. 129); Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; Lange, a.a.O.

¹⁹⁶ so auch Lange, a.a.O., S. 95 und 99.

¹⁹⁷ so auch Lange, a.a.O., S. 97 und 99.

rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG angesehen¹⁹⁸. Folgt man dieser Auffassung, so müßte beispielsweise auch das Angebot an den Notar oder einen seiner Angehörigen, dem Anbietenden 100.000 DM zu schenken, als rechtlich vorteilhaft für den Angebotsempfänger angesehen werden. Daraus wird deutlich, daß die zitierte Auffassung jedenfalls bei einseitig verpflichtenden Verträgen, denen das Schenkungsversprechen zuzurechnen ist¹⁹⁹, nicht zutrifft. Angebot und Annahme lassen sich von dem erstrebten Vertrag nicht lösen. Nach seiner rechtlichen Wertung für den anbietenden oder annehmenden Vertragsteil muß sich die Frage nach Verschaffung eines rechtlichen Vorteils richten. Nur eine konkrete, unter Berücksichtigung des jeweils erstrebten Vertrages vorzunehmende Betrachtung kann bei der Untersuchung des selbständigen Charakters von Angebot und Annahme dem Schutzzweck der Norm gerecht werden²⁰⁰.

Eine unter Berücksichtigung dieser Maxime durchgeführte Prüfung führt zu einer Bestätigung des obigen Ergebnisses.

Das der Urkundsperson oder ihrem Angehörigen gemachte Vertragsangebot soll, wie vorstehend bereits dargelegt, nach allgemeiner Meinung generell die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG auslösen²⁰¹. Dem ist für den Fall, daß es auf Abschluß eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages gerichtet ist, zuzustimmen. Der Antrag ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf Vertragsachluß gerichtet ist²⁰². Er wird

¹⁹⁸ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7; Fuchs, ZBlFG 6, S. 489, 500.

¹⁹⁹ Palandt-Putzo, § 518 Anm. 2a.

²⁰⁰ so auch Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 2 (zur Wirksamkeit des Antrages eines beschränkt Geschäftsfähigen gem. § 107 BGB).

²⁰¹ vgl. oben Fn. 198.

²⁰² Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 2.

mit seinem Zugehen wirksam (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach dem Wirksamwerden des Antrags ist der Antragende an seinen Antrag gebunden (§ 145 BGB). Er kann keinen Einfluß mehr darauf nehmen, ob der Vertrag zustandekommt oder nicht. Während der Annahmefrist hat allein der Antragsempfänger die unwiderrufliche Möglichkeit, den ihm angetragenen Vertragsschluß durch seine Erklärung zu bewirken²⁰³. Unabhängig davon, ob man diese Rechtsstellung des Antragsempfängers als Gestaltungsrecht bewertet, welches die Befugnis zum Inhalt hat, durch Annahmeerklärung den Vertrag zustande zu bringen, oder nicht als ein solches subjektives Recht qualifiziert, sondern nur schlicht als "Rechtsposition" bezeichnet²⁰⁴, besteht aufgrund der Gebundenheit des Antragenden für den Antragsempfänger jedenfalls eine Anwartschaft, sofern der Antragende sich nicht den Widerruf des Antrags vorbehalten hat²⁰⁵. Aber auch bei einem derartigen Vorbehalt ist der auf Abschluß eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages gerichtete Antrag für den Antragsempfänger rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, denn auch in diesem Falle ist der Antragende gemäß § 145 BGB gebunden. Die Gebundenheit endet erst mit der Ausübung des Widerrufs, sofern diese vor der Annahmeerklärung des Empfängers erfolgt²⁰⁶. Dem Empfänger wird also auch in diesem Falle durch den Antrag die Möglichkeit eröffnet, den Vertragsschluß zu bewirken und so willentlich durch seine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung den Kreis der ihm zustehenden Rechte zu erweitern²⁰⁷. Er befindet sich jedenfalls in einer für ihn vorteilhaften Rechts-

²⁰³ Staudinger-Dilcher, § 145 BGB, Rdnr. 9; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 15.

²⁰⁴ zum Meinungsstand vgl. Münchener Kommentar-Kramer, a.a.O.; Staudinger-Dilcher, a.a.O., Rdnr. 11.

²⁰⁵ Staudinger-Dilcher, a.a.O., Rdnr. 12; Furtner, NJW 1964, S. 745; Jahr, JuS 1963, S. 224, 225; RGZ 151, 75 m.w.N.

²⁰⁶ Staudinger-Dilcher, a.a.O., Rdnr. 18.

²⁰⁷ Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 2; Fuchs, ZBlFG 6, S. 489, 500.

position (Annahmeposition)²⁰⁸. Bereits sie bedeutet eine Verstärkung der vorhandenen Rechtsstellung und damit eine nach dem Regelungszusammenhang der §§ 7, 27 BeurkG und dem Schutzzweck der Norm im Rahmen des § 7 BeurkG beachtliche rechtliche Besserstellung. Ob die Annahme tatsächlich rechtzeitig erklärt wird und sich der mit dem Vertrag erstrebte Vorteil letztendlich realisiert, ist demgegenüber unerheblich, da die Prüfung vom Standpunkt des abstrakten Rechtsbegriffs her zu erfolgen hat. Auch die Einsetzung als Erbe in einer Verfügung von Todes wegen und die Ernennung zum Testamentvollstrecker hat, wie § 27 BeurkG klarstellt, die Ausschließung des Notars zur Folge, ohne daß es darauf ankäme, ob der Erbe die Erbschaft oder der Testamentvollstrecker das ihn angetragene Amt auch tatsächlich annimmt (§§ 1943, 2202 BGB).

Trägt die Urkundsperson oder einer ihrer in § 6 Abs. 1 BeurkG genannten Angehörigen einem anderen den Abschluß eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages an und soll diese Erklärung von derselben Urkundsperson beurkundet werden, so wäre er oder ihr Angehöriger gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG formell beteiligt und die Beurkundung bereits aus diesem Grunde unwirksam. Die Frage nach Verschaffung eines rechtlichen Vorteils stellt sich in diesem Falle nicht, da § 7 BeurkG erst dann eingreift, wenn andere Personen als die formell Beteiligten Rechte erwerben²⁰⁹. Relevant wird die Frage, ob das Angebot auch für den Anbietenden rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG ist, vielmehr nur dann, wenn das Angebot eines Angehörigen, der zwar nicht in § 6 Abs. 1 BeurkG aufgeführt ist, aber zum erweiterten Personenkreis des § 7 BeurkG gehört, beurkundet werden soll, wie z. B. ein Angebot der früheren Ehefrau des Notars. Von einem Teil der Literatur wird diese Frage - ohne nähere Begrün-

²⁰⁸ Münchener Kommentar-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 15.

²⁰⁹ Reidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 3a E.

dung - verneint²¹⁰. Fuchs²¹¹ sieht in einem Vertragsangebot keine Verfügung zugunsten des Anbietenden, weil nicht seine Erklärung den Kreis der ihm zustehenden Rechte erweitere, sondern erst die Annahmeerklärung. Das Vertragsangebot sei nur die Vorbedingung für die Erklärung des Annehmenden. Teilweise wird nicht unterschieden und das Vertragsangebot generell, also auch für den Anbietenden, als rechtlich vor-
teilhaft im Sinne des § 7 BeurkG angesehen²¹².

Letzterer Auffassung ist - im Ergebnis - zuzustimmen. Der Antrag enthält, wie bereits dargelegt, die den Kern des Rechtsgeschäfts bildenden artbestimmenden Rechtswirkungen ("essentialia negotii")²¹³. Der Antragende hat durch Abgabe seiner Erklärung alles getan, was er zum Abschluß des Vertrages und zum Erhalt der sich daraus für ihn ergebenden Rechte tun kann. Das Angebot eröffnet dem Angebotsempfänger die Möglichkeit, durch seine Annahmeerklärung den Vertragsschluß zu bewirken²¹⁴. Gleichzeitig verschafft sich aber auch der Anbietende durch seine für ihn bindende Willenserklärung die Möglichkeit der Verbesserung seiner eigenen Rechtsstellung²¹⁵.

Bei der Prüfung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Annahmeerklärung ist ebenfalls zwischen der Rechtsstellung des Anbietenden und derjenigen des Annehmenden zu unterscheiden.

²¹⁰ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4; unklar Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2.

²¹¹ ZB1FG 6 a.a.O.

²¹² Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7.

²¹³ Staudinger-Dilcher, § 145 BGB, Rdnr. 5; Münchener Kommentare-Kramer, § 145 BGB, Rdnr. 3.

²¹⁴ Münchener-Kommentar-Kramer, a.a.O., Rdnr. 2.

²¹⁵ so auch Lange, a.a.O., S. 96/97.

Teilweise wird vertreten²¹⁶, die Annahme eines Vertragsangebotes bringe dem Anbietenden keinen rechtlichen Vorteil. Nach zutreffender Ansicht²¹⁷ ist die Annahmeerklärung hingegen als "Verfügung zugunsten des Anbietenden" anzusehen, da sich durch sie der Kreis der dem Anbietenden zustehenden Rechte erweitert. Die Parteien eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages entschließen sich zu dessen Abschluß, weil sie die Gegenleistung der jeweils anderen Vertragspartei erhalten wollen. Die Annahmeerklärung bewirkt das Zustandekommen des Vertrages. Der Annehmende löst durch seine rechtsgeschäftliche Erklärung die von beiden Parteien gehalten Rechtswirkungen aus. Der Anbietende erwirbt einen Anspruch auf die vom Annehmenden zu erbringende Leistung, der Annehmende auf diejenige des Anbietenden. Durch die Annahmeerklärung werden folglich willentlich die Rechte beider Parteien, also auch des Anbietenden, unmittelbar erweitert.

Danach ist zugleich die Frage nach der rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Annahmeerklärung für den Annehmenden beantwortet. Der Annehmende bewirkt durch die Annahme des auf Abschluß eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages gerichteten Angebots den Vertragsschluß, löst damit unmittelbar die von beiden Parteien gewollten Rechtswirkungen aus und erweitert dadurch gleichzeitig den Kreis seiner Rechte ebenso wie diejenigen des Anbietenden²¹⁸.

²¹⁶ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7 (Fn. 14); Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Keidel, 9. Auflage § 171 FGG a.F., Rdnr. 11.

²¹⁷ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4; Fuchs, a.a.O.

²¹⁸ so, wenn auch nicht ausdrücklich, wohl Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2, die, wenn sie bereits die "Annahmeposition" als rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG ansehen, erst recht die Annahme selbst so bewerten dürften; a.A. Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 11; Fuchs, a.a.O. Letzterer sieht in der Annahmeerklärung keine Erklärung zugunsten des Annehmenden, weil nicht sie den Kreis der subjektiven Rechte des Annehmenden erweitere, sondern die Erklärung des Anbietenden. Die Erklärung des Annehmenden sei zwar auch hier eine Bedingung für diese

c) Zwischenergebnis:

Die gegenseitig verpflichtenden Verträge sind somit unabhängig von ihrem Vertragstypus und unabhängig davon, ob Annahme und Angebot getrennt beurkundet werden, für beide Vertragsparteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

2. Verträge zugunsten Dritter

Das Schuldverhältnis ist grundsätzlich eine Zweiparteien-Beziehung aus Schuldner und Gläubiger. Es begründet Rechte und Pflichten für die unmittelbar Beteiligten. Ausnahmsweise können sich die vertraglichen Absprachen jedoch auch auf den Rechtskreis Dritter auswirken und dadurch ebenfalls im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlich sein.

a) Der echte Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)

Dies ist zunächst bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) der Fall. Durch einen echten Vertrag zugunsten Dritter erwirbt der Dritte ohne seine Mitwirkung allein aufgrund des Vertrages zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger (sog. Deckungsverhältnis) ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden²¹⁹. Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen Dritter, so werden folglich seine Rechte unmittelbar durch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Versprechenden erweitert. Dieser rechtliche Vorteil ist daher beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG.

²¹⁹ Larenz, SchuldR I, § 17 I, a, S. 203; Brox, SchuldR AT, Rdnr. 364, 368, 369; Münchener Kommentar-Gottwald, § 328 BGB, Rdnr. 1 und 14ff.

Ist der Notar Versprechender oder Versprechensempfänger, so beurteilt sich die rechtliche Vorteilhaftigkeit der jeweiligen Willenserklärung nach den im Deckungsverhältnis getroffenen Vereinbarungen. Zwar dürfte auch im Deckungsverhältnis in der Regel ein gegenseitig verpflichtender Vertrag vorliegen. Da jedoch jeder schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen werden kann²²⁰, lassen sich darüber hinausgehende allgemeingültige Feststellungen nicht treffen.

Anders könnte die Rechtslage allerdings dann zu bewerten sein, wenn die Leistung erst nach dem Tod des Versprechensempfängers erfolgen soll (§ 331 BGB). In diesem Fall hat nämlich vor Eintritt des Todesfalls lediglich der Versprechensempfänger Ansprüche aus dem Vertrag. Die Rechtsstellung des Dritten ist demgegenüber frei änderbar, sei es durch Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, sei es bei entsprechendem Vorbehalt durch einseitigen Akt des Versprechensempfängers (§§ 331, Abs. 2, 332 BGB)²²¹. Der Dritte hat weder ein eigenes Forderungsrecht noch eine gesicherte Anwartschaft, sondern allenfalls die "Hoffnung" oder Chance auf einen künftigen Erwerb²²². Nur dann, wenn ausnahmsweise die Bezugsberechtigung nach den getroffenen Vereinbarungen unwiderruflich ist, erwirbt der Dritte sein Recht sofort²²³. Gleichwohl ist auch der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall für den Dritten rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Mag er auch vor dem Tod des Versprechensempfängers kein eigenes

²²⁰ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 328 BGB, Anm. 2a.

²²¹ Palandt-Heinrichs, § 331 BGB, Anm. zu a; Soergel-Hadding, § 331 BGB, Rdnr. 6.

²²² Staudinger-Kaduk, § 331 BGB, Rdnr. 5; Münchener Kommentar-Gottwald, § 331 BGB, Rdnr. 1; Soergel-Hadding, § 331 BGB, Rdnr. 7; Palandt-Heinrichs, § 331 BGB, Anm. 2a; Harder, S. 125; RGZ 51, 403, 404; 61, 217, 219; 62, 46, 48; 66, 158, 159; 71, 324, 326; 80, 175, 177; BGH NJW 1982, S. 1807, 1808.

²²³ Staudinger-Kaduk, § 331 BGB, Rdnr. 6; Münchener Kommentar-Gottwald, § 331 BGB, Rdnr. 3; Soergel-Hadding, § 331 BGB, Rdnr. 7; Palandt-Heinrichs, a.a.O.

Forderungsrecht, nicht einmal ein Anwartschaftsrecht im Sinne der vom Schrifttum und der von der Rechtsprechung heute allgemein anerkannten Anwartschaftsrechte (z. B. beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt) erwerben, so hat er doch zumindest eine ungesicherte Anwartschaft²²⁴. Bereits daran liegt eine rechtliche Besserstellung, die nach dem Regelungszusammenhang der §§ 7, 27 BeurkG und dem Schutzzweck dieser Normen als beachtlich anzusehen ist. Die Stellung des Dritten entspricht nämlich derjenigen des Erben. Der Dritte erwirbt nach h. M. das Recht auf Leistung des Versprechenden auch bei einem Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall unmittelbar aus dem Schuldverhältnis, das den Vertrag zwischen dem Versprechenden und Versprechensempfänger zu dessen Lebzeiten begründet worden ist, und zwar mit dem Tod des Versprechensempfängers ohne sein (des Dritten) Zutun und ohne seine Kenntnis²²⁵. Auch der Anfall der Erbschaft vollzieht sich in der Regel mit dem Tod des Erblassers ohne Wissen und Wollen des Bedachten²²⁶. Die kraft Gesetzes berufenen oder durch Verfügung von Todes wegen eingesetzten Personen haben zu Lebzeiten des Erblassers noch kein Erbrecht, sondern nur eine rechtlich begründete Erwartung auf das Erbrecht und eine tatsächliche Aussicht auf das Vermögen des Erblassers. Diese Aussicht stellt ebenfalls noch kein Anwartschaftsrecht dar. Wegen § 1923 BGB und der jederzeitigen Änderbarkeit des Erblasserwillens (vgl. § 2302 BGB) sowie der Aufhebbarkeit des Erbvertrages läßt sich nämlich erst beim Erbfall feststellen, wer Erbe geworden ist, so daß vor diesem Zeitpunkt keine rechtlich gesicherte Position im Sinne eines Anspruchs auf ihr Erstarken zum Vollrecht besteht²²⁷. Der Erbe kann die Erbschaft ausschlagen (§ 1942 BGB). Dem Dritten steht ein Zurückweisungsrecht zu

²²⁴ Staudinger-Kaduk, § 331 BGB, Rdnr. 5; Münchener Kommentar-Gottwald, § 331 BGB, Rdnr. 1.

²²⁵ Soergel-Hadding, § 331 BGB, Rdnr. 8.

²²⁶ Palandt-Edenhofer, § 1942 BGB, Anm. 2; Erman-Schlüter, § 1942 BGB, Rdnr. 2.

²²⁷ Schlüter, Erbrecht, § 2 I, 2b; Palandt-Edenhofer, Einl. v. § 1922 BGB, Anm. 1a; BGHZ 12, 115, 118; 23, 249, 259.

(§ 333 BGB). Da der Gesetzgeber durch § 27 BeurkG klargestellt hat, daß die Erbeinsetzung in jedem Fall als rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 27 BeurkG anzusehen ist, und die sich für den Dritten aus dem Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall bereits zu Lebzeiten des Versprechensempfängers ergebende Position derjenigen des Erben vor dem Tod des Erblassers entspricht, kann die Stellung des Dritten nicht anders bewertet werden. Dies gilt um so mehr, als auch die Gefahr einer Einflußnahme auf den Willen des Erklärenden und einer Beeinträchtigung der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars und des Ansehens des Notarstandes in beiden Fällen gleichermaßen groß einzuschätzen ist.

b) Der unechte Vertrag zugunsten Dritter

Beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten ist der Schuldner ermächtigt, mit befreiender Wirkung an einen Dritten zu leisten. Das Recht, die Leistung an einen Dritten zu verlangen, steht jedoch allein dem Gläubiger zu²²⁸. Typischer Fall eines solchen Vertrages ist die Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB)²²⁹. Sie ist ein Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer durch den sich der Übernehmer verpflichtet eine Verbindlichkeit des Schuldners zu erfüllen²³⁰. Beispiel einer solchen Erfüllungsübernahme ist eine Vereinbarung, wonach eine Partei die Kosten des von der anderen Partei beauftragten Notars trägt²³¹ oder die Provision eines von der anderen

²²⁸ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 328 BGB, Anm. 1; Münchener Kommentar-Gottwald, § 328 BGB, Rdnr. 5; Larenz, a.a.O., S. 202; Brox, a.a.O., Rdnr. 364.

²²⁹ Palandt-Heinrichs, § 329 BGB, Anm. 1a; Münchener Kommentar-Gottwald, § 329 BGB, Rdnr. 1; Larenz, a.a.O., S. 205; Brox, a.a.O., Rdnr. 367.

²³⁰ Palandt-Heinrichs, a.a.O.; Münchener Kommentar-Gottwald, a.a.O.; Larenz, a.a.O.; Brox, a.a.O.

²³¹ Münchener Kommentar-Gottwald, § 328 BGB, Rdnr. 7; BGH NJW 1973, S. 1373.

Partei hinzugezogenen Maklers übernimmt²³². Ein solcher unechter Vertrag zugunsten Dritter ist nicht rechtlich vor- teilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, wenn der Notar oder einer seiner Angehörigen Gläubiger ist²³³, da der Gläubiger daraus weder mehr Recht erhält noch anderweitig rechtlich besser- gestellt wird²³⁴. Ist er oder einer der in § 6 Abs. 1 BeurkG aufgeführten Angehörigen Schuldner und Übernehmer so ist er als Erklärender gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG formell beteiligt. Die Frage nach Verschaffung eines rechtlichen Vorteils stellt sich wegen § 6 Abs. 1 BeurkG nicht²³⁵. Ist ein Angehöriger, der zwar nicht in § 6 Abs. 1 BeurkG aufgeführt ist, aber zum erweiterten Personenkreis des § 7 BeurkG gehört, Schuldner oder Übernehmer, beurteilt sich die rechtliche Vorteilhaftig- keit der Erfüllungsübernahme nach dem Inhalt der in diesem Verhältnis getroffenen Vereinbarung.

c) Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter²³⁶

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterschei- det sich vom echten Vertrag zugunsten Dritter dadurch, daß der Dritte keinen eigenen Anspruch auf die Hauptleistung erhält. Der Dritte ist aber in der Weise in die vertraglichen Schutz- und Obhutspflichten einbezogen, daß er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann²³⁷. Schutzwirkungen zugunsten Dritter können

²³² Münchener Kommentar-Gottwald, a.a.O.; OLG Schleswig, DNotZ 1982, S. 366.

²³³ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8 a.E..

²³⁴ Palandt-Heinrichs, a.a.O.; Münchener-Kommentar-Gott- wald, a.a.O., Rdnr. 1.

²³⁵ vgl. oben Fn. 209.

²³⁶ Der Begriff ist von Larenz entwickelt worden (vgl. La- renz, a.a.O., § 17 II, S. 208ff).

²³⁷ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 328 BGB, Anm. 1; § 328 BGB Anm. 3 a; Larenz, a.a.O., S. 209; Brox, a.a.O., Rdnr. 376; BGHZ 49, 353; BGH NJW 1959, S. 1676.

sich unter bestimmten Voraussetzungen²³⁸ aus Schuldverhältnissen jeder Art ergeben²³⁹. Typische Fälle eines solchen Vertrages sind der Beförderungsvertrag für mitbeförderte Begleitpersonen²⁴⁰ oder der Mietvertrag für die Familienangehörigen des Mieters²⁴¹. Derartige Schadensersatzansprüche sind nicht als beachtlicher rechtlicher Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG anzusehen. Die Haftung des Schutz- und Obhuts-pflichtigen ist nicht unmittelbare Rechtswirkung der Willenserklärungen der Vertragsparteien. Sie resultiert vielmehr aus einem weiteren Umstand, dem in der Regel ein tatsächliches Verhalten zugrundeliegt. Es handelt sich um eine lediglich mittelbare und damit im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtliche Rechtswirkung.

d) Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden:

Von den Verträgen zugunsten Dritter ist der echte Vertrag zugunsten Dritter für den Dritten stets rechtlich vorteilhaft. Dies gilt auch für den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB). Demgegenüber entfalten der unechte Vertrag zugunsten Dritter, insbesondere die Erfüllungsübernahme, und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für den Dritten keine im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlichen Rechtswirkungen. Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen nicht Dritter, so beurteilt sich die Beachtlichkeit eines etwaigen rechtlichen Vorteils nach den zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarungen, sofern die Beurkundung nicht ohnehin bereits gemäß § 6 BeurkG unwirksam ist.

²³⁸ zu den Voraussetzungen im einzelnen vgl. Larenz, a.a.O.; Münchener Kommentar-Gottwald, § 328 BGB, Rdnr. 76ff.

²³⁹ Palandt-Heinrichs, § 328 BGB, Anm. 3c.

²⁴⁰ vgl. dazu Münchener Kommentar-Gottwald, § 329 BGB, Rdnr. 86 m.w.N.

²⁴¹ Münchener Kommentar-Gottwald, a.a.O., Rdnr. 90 m.w.N.

3. Der Notar als Verwalter kraft Amtes oder Mitglied einer juristischen Person

Nach § 7 BeurkG ist die Beurkundung von Willenserklärungen nur insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar oder seinen Angehörigen "selbst" oder "persönlich" einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Dies ist, mögen auch die Worte "selbst" oder "persönlich" nicht ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen worden sein, nach dem übrigen Gesetzeswortlaut und insbesondere nach dem Schutzzweck der Norm selbstverständlich²⁴².

Auf den ersten Blick erscheint die Feststellung dieses Tatbestandsmerkmals unproblematisch. So entspricht es einhelliger Meinung, daß der Notar nicht gemäß § 7 BeurkG ausgeschlossen ist, wenn der rechtliche Vorteil nur einer von ihm oder seinen Angehörigen verwalteten fremden Vermögensmasse zugutekommt. Dieses ist beispielsweise der Fall, wenn die beurkundete Willenserklärung einen rechtlichen Vorteil für die vom Notar oder seinen Angehörigen als Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker verwaltete Konkurs- oder Nachlaßmasse enthält²⁴³. Selbst oder persönlich betroffen und damit ausgeschlossen ist der Notar demgegenüber dann, wenn der rechtliche Vorteil einer nicht rechtsfähigen Vereinigung eingeräumt wird, deren Mitglied er ist, wie z. B. die BGB-Gesellschaft, die OHG oder die KG, weil hier nicht die Vereinigung, sondern die Mitglieder selbst "unmittelbar" den Vorteil erwerben²⁴⁴.

²⁴² allg. Meinung, vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 10; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 9.

²⁴³ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Jansen, a.a.O.; Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 12; Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 5 a.E.; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 3; Soergel-Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 10; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 10; RGZ 49, 129.

²⁴⁴ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Palandt-Heinrichs, a.a.O.

Schwieriger ist die Frage nach Beachtlichkeit eines rechtlichen Vorteils im Sinne des § 7 BeurkG jedoch dann zu beantworten, wenn der Vorteil möglicherweise nicht endgültig bei der "fremden Vermögensmasse" verbleibt. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn einer juristischen Person ein Vorteil eingeräumt wird, deren Mitglieder oder Vertreter der Notar oder seiner Angehörigen sind, (z. B. Aktionär einer AG oder Gesellschafter einer GmbH), so daß sie aufgrund ihrer Beteiligung an dem der juristischen Person eingeräumten Vorteil partizipieren. Berücksichtigt man, daß juristische Personen eine eigenständige Rechtspersönlichkeit haben (vgl. z. B. § 13 GmbHG oder § 1 AktG), so wird dieser und nicht dem Notar oder seinen Angehörigen persönlich ein Vorteil verschafft. § 7 BeurkG greift nicht ein²⁴³. Andererseits scheint die Ratio dieser Vorschrift deren Anwendung auch in diesem Falle nahezulegen. Man denke z. B. an einen Vertragsschluß mit einer Einmann-GmbH. Hier ist offenkundig, daß ein etwaiger Vorteil letztlich dem alleinigen Gesellschafter zugutekommt. Winkler²⁴⁴ will daher § 7 BeurkG ausnahmsweise dann anwenden, wenn der Notar oder seine Angehörigen wirtschaftlich Inhaber der juristischen Person sind. Richtigerweise sei dies nicht nur bei der Einmanngesellschaft, etwa der Einmann-GmbH, der Fall, sondern bereits dann, wenn die Beteiligung des Notars so groß sei, daß die Beteiligung der übrigen Gesellschafter demgegenüber gänzlich zurücktrete. Dann werde nämlich wirtschaftlich der Inhaber der juristischen Person berechtigt und verpflichtet, so daß eine Gleichbehandlung beider gerechtfertigt sei.

²⁴³ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 9; Soergel-Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 3; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Dittmann-Reimann, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 11.

²⁴⁴ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 6 (Fn. 12), § 3 BeurkG, Rdnr. 20 unter Hinweis auf Höfer/Huhn, S. 243; Seybold/Hornig, § 16 BNoto, Anm. 14 und Rohs, S. 117 (Fehlzitat, richtig wohl S. 152), die jedoch nicht die Anwendbarkeit des § 7 BeurkG befürworten, sondern sich im Rahmen der §§ 3 BeurkG, 170 FGG a.F. (nicht § 171 FGG a.F.) und § 16 BNoto, der § 3 BeurkG für entsprechend anwendbar erklärt, mit dieser Frage befassen.

Dieser Argumentation kann schon allein deshalb nicht gefolgt werden, weil das Merkmal der wirtschaftlichen Inhaberschaft als taugliches Abgrenzungskriterium ausscheidet²⁴⁷. Zum einen ist völlig unklar, bei welchen Beteiligungsverhältnissen von einer wirtschaftlichen Inhaberschaft gesprochen werden kann. Dies läßt sich auch nicht mittels fester Prozentzahlen, etwa bezüglich der Gesellschaftsanteile, konkretisieren, zumal diese auch treuhänderisch gehalten werden können. Zum anderen träte an die Stelle einer rechtlichen Beurteilung eine wirtschaftliche Bewertung. Eine klare, eindeutige und dem Schutzzweck der Norm gerechtwerdende Abgrenzung ermöglicht vielmehr auch bei dieser Problematik die hier vertretene Auslegung des § 7 BeurkG. Entfaltet die beurkundete Willenserklärung unmittelbare Rechtswirkungen nur gegenüber der juristischen Person, so greift § 7 BeurkG nicht ein. Die einer an der juristische Person in irgendeiner Form beteiligten Urkundspersonen oder einer ihrer Angehörigen über die juristische Person zufließenden Vorteile, etwa höhere Gewinnanteile oder dergleichen, sind keine unmittelbaren Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts, sondern im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtliche mittelbare Rechtswirkungen oder gar nur tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts. Diese klare Abgrenzung dient der Rechtsverwirklichung des Bürgers und entspricht den Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Sie dient damit Sinn und Zweck des Beurkundungsverfahrens im allgemeinen und § 7 BeurkG im besonderen. Die Beteiligungsverhältnisse bei einer juristischen Person sind Außenstehenden nämlich normalerweise nicht bekannt. Zum Zeitpunkt des Errichtungsakts dürfte daher dem Notar allenfalls der Umfang einer etwaigen eigenen Beteiligung an einer juristischen Person bekannt sein, im Zweifel aber nicht, ob und gegebenenfalls in welcher Weise einer seiner Angehörigen mit der juristischen Person verbunden ist. Noch viel weniger hat die andere Vertragspartei dahingehende Kenntnisse. Würde man die Wirksamkeit der Beurkundung mit der wirtschaftlichen Inhaberschaft einer juristischen Person verknüpfen, könnte selbst der Kundige diesen Unwirksamkeits-

²⁴⁷ vgl. dazu auch oben S. 12ff.

grund nicht der Urkunde entnehmen. Die Wirksamkeit der Beurkundung hinge vom Zufall ab. Dem Interesse des Bürgers an einer ordnungsgemäßen Beurkundung und dem Ansehen des Notarstandes wird in einem derartigen Falle wie auch bei Tätigwerden des Notars als Konkurs- oder Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker hinreichend durch § 3 BeurkG bzw. § 16 BNotO Rechnung getragen, sofern nicht ohnehin § 6 BeurkG einschlägig ist.

4. Für die gegenseitig verpflichtenden Verträge läßt sich somit zusammenfassend feststellen:

Die gegenseitig verpflichtenden Verträge sind, soweit sie Rechtswirkungen inter partes erzeugen, für beide Parteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, und zwar unabhängig davon, ob Angebot und Annahme getrennt beurkundet werden (§ 128 BGB). Der echte Vertrag zugunsten Dritter ist für den Dritten stets rechtlich vorteilhaft. Dies gilt auch für den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB). Der unechte Vertrag zugunsten Dritter, insbesondere die Erfüllungsübernahme und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lösen demgegenüber die Rechtswirkungen des § 7 BeurkG nicht aus. Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen nicht Dritter, so beurteilt sich die Beachtlichkeit eines etwaigen rechtlichen Vorteils nach den zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarungen, sofern nicht § 6 BeurkG eingreift. Enthält die beurkundete Willenserklärung einen rechtlichen Vorteil für die vom Notar oder seinen Angehörigen als Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker verwaltete Konkurs- oder Nachlaßmasse oder für eine juristische Person, deren Mitglied der Notar oder einer seiner Angehörigen ist, so ist der Notar an der Beurkundung einer solchen Willenserklärung durch § 7 BeurkG nicht gehindert.

II. Die unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträge

Im Gegensatz zu den gegenseitig verpflichtenden Verträgen, für die eine synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten kennzeichnend ist, erzeugen die unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge beiderseitige, nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis stehende Pflichten. Nach dem Parteiwillen besteht zunächst nur für eine Partei eine Hauptleistungspflicht, während die andere Partei allenfalls gesetzlich normierte Nebenpflichten treffen. Dieser Umstand könnte eine andere Bewertung derartiger Verträge im Rahmen des § 7 BeurkG je nach Vertragstyp zur Folge haben, wobei sich die Frage nach Verschaffung eines rechtlichen Vorteils mit Rücksicht auf den vorrangigen § 6 Abs. 1 BeurkG allerdings nur dann stellt, wenn ein Angehöriger des Notars, der zum erweiterten Personenkreis des § 7 BeurkG gehört, Vertragspartei ist.

1. Der Leihvertrag

Beim Leihvertrag als einem typisch unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Vertrag²⁴⁸ ist die Rechtslage eindeutig, wenn der Angehörige des Notars Entleiher ist. Der Verleiher verpflichtet sich, ihm, dem Entleiher den Gebrauch einer Sache unentgeltlich zu gestatten (§ 598 BGB). Hierbei handelt es sich um die eigentliche, nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptpflicht ("essentialia negotii"), der ein entsprechender Anspruch auf Seiten des Entleihers gegenübersteht. Dieser entsteht, da es sich beim Leihvertrag nach h. M. um einen Konsensualvertrag handelt²⁴⁹, sogleich mit Abschluß des Vertrages. Der Entleiher erfährt somit mit Abschluß des Vertrages eine unmittelbar kraft rechtsgeschäftlicher Erklärung

²⁴⁸ Münchener Kommentar-Haase, § 598 BGB, Rdnr. 1; Staudinger-Reuter, § 598 BGB, Rdnr. 7; Palandt-Putzo, Einf. v. § 598 BGB, Anm. 1b.

²⁴⁹ vgl. dazu Staudinger-Reuter, Vorbem. zu §§ 598ff. BGB, Rdnr. 4f.

eintretende und damit im Rahmen des § 7 BeurkG beachtliche Erweiterung seiner Rechte.

Der Verleiher hat Ansprüche auf Rückgabe der Leihsache (§ 604 BGB), auf deren Erhaltung in gebrauchsfähigem Zustand (§ 601 BGB)²⁵⁰, sowie u. U. auf Schadensersatz wegen Verletzung etwaiger, dem Entleiher obliegender Sorgfalts- und Obhutspflichten oder im Falle der Unmöglichkeit bzw. des Verzuges mit der Rückgabe. Letztere sind sogleich aus dem Kreis der im Rahmen des § 7 BeurkG relevanten Rechtswirkungen auszuschalten. Derartige Sekundäransprüche knüpfen nicht unmittelbar an die Willenserklärungen der Vertragsparteien, sondern an ein weiteres tatsächliches, insbesondere schuldhaftes Verhalten des Entleihers an. Es handelt sich somit nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG um unbeachtliche mittelbare Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts. Vorteilsbegründend im Sinne des § 7 BeurkG ist demgegenüber der Rückgabeanpruch des Verleihers. Ein derartiger Anspruch ergibt sich aus § 604 BGB; denn der dort normierten Rückgabepflicht des Entleihers entspricht der Rückgabeanpruch des Verleihers. Zwar setzt dieser Anspruch die tatsächliche Überlassung der Leihsache voraus. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Vorschrift an einen weiteren tatsächlichen Umstand anknüpft und diesen bewertet. Damit sind vielmehr nur solche Umstände und insbesondere Verhaltensweisen gemeint, die außerhalb des jeweiligen rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegen. Der privatautonome Regelungsgehalt der Norm zeigt sich vielmehr darin, daß sie eine Verpflichtung des Entleihers gegenüber seinem Vertragspartner anordnet und auf diese Weise den Vertrag gezielt gerade für den Fall ausgestaltet, daß die Parteien keine ausdrückliche Regelung getroffen haben. Darüber hinaus handelt es sich bei der Rückgabepflicht des Entleihers um eine das Wesen des Rechtsgeschäfts (mit-)bestimmende Rechtswirkung ("essentialia negotii"); denn der Leihvertrag ist nicht auf dauernde, son-

²⁵⁰ Münchener Kommentar-Haase, § 601 BGB, Rdnr. 1; Palandt-Putzo, § 601 BGB, Anm. 1.

dern nur auf vorübergehende Gebrauchsüberlassung gerichtet²⁵¹. Damit wird gerade am Beispiel der Rückgabepflicht nach § 604 BGB die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG deutlich, wonach es nach dem Schutzzweck der Norm für die Beachtlichkeit einer Rechtswirkung nicht darauf ankommt, ob die Parteien sie ausdrücklich in ihre Erklärungen aufgenommen haben, oder ob sie unmittelbar kraft Gesetzes eintreten.

Dieser Bewertung des § 604 BGB steht nicht entgegen, daß sich der Rückgabeanspruch nur auf die überlassene Leihsache und damit auf einen zuvor im Vermögen des Entleiheren vorhandenen Wert bezieht. Wie bereits dargelegt, kommt es nicht auf eine wirtschaftliche, sondern auf eine - vom abstrakten Rechtsbegriff her zu beurteilende - rechtliche Besserstellung an.

Der Anspruch auf Erhaltung der Leihsache im gebrauchsfähigen Zustand ist schließlich als vertraglicher Nebenanspruch ebenfalls eine unmittelbare rechtsgeschäftliche und damit beachtliche Rechtswirkung des Leihvertrages im Rahmen des § 7 BeurkG.

Der Leihvertrag ist somit sowohl für den Entleiher als auch für den Verleiher ein rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne des § 7 BeurkG.

2. Der Verwahrungsvertrag

Einen weiteren unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Vertrag stellt der unentgeltliche Verwahrungsvertrag dar. Durch den Verwahrungsvertrag übernimmt der Verwahrer als Hauptpflicht die Pflicht zur Aufbewahrung einer beweglichen Sache (vgl. § 688 BGB)²⁵². Dieser Pflicht des Verwahrers entspricht auf Seiten des Hinterlegers der Aufbewahrungsanspruch, der

²⁵¹ Palandt-Putzo, a.a.O., Anm. 1a.

²⁵² Münchener-Kommentar-Hüffer, § 688 BGB, Rdnr. 1.

somit ebenfalls unmittelbare Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts ist und folglich vorteilsbegründend im Sinne des § 7 BeurkG wirkt.

Gemäß § 692 BGB kann der Hinterleger die hinterlegte Sache zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Dieser in § 695 BGB normierte Rückforderungsanspruch des Hinterlegers ist ebenfalls rechtsgeschäftlicher Natur, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien ihn ausdrücklich in ihre Erklärungen aufgenommen haben oder nicht. Der privatautonome Regelungsgehalt ergibt sich nämlich schon allein daraus, daß die Rückgabepflicht dem Wesen des Verwahrungsvertrages entspricht, der gerade auf vorübergehende Aufbewahrung gerichtet ist. Es gilt insoweit das zum Rückgabeananspruch des Verleihers Ausgeführte entsprechend²⁵³.

Etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Verwahrer wegen Verletzung seiner Obhutspflichten, Unmöglichkeit oder Verzug mit der Rückgabe der hinterlegten Sache bewirken demgegenüber keine beachtliche rechtliche Besserstellung des Hinterlegers, da sie nicht an die Willenserklärungen der Parteien, sondern an ein tatsächliches, außerhalb des Tatbestandes des Verwahrungsvertrages liegendes Verhalten des Verwahrers anknüpfen und dies bewerten.

Der Verwahrungsvertrag ist somit für den Hinterleger wegen seines rechtsgeschäftlichen Aufbewahrungs- und Rückgabeanpruchs rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

Dem Verwahrer steht gegen den Hinterleger ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu (§ 693 BGB). Hierbei handelt es sich um eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Rechtsfolge, gleichgültig, ob der Anspruch vom Parteiwillen erfaßt ist oder nicht. Im letzteren Falle folgt der privatautonome Regelungsgehalt des § 693 BGB daraus, daß die Norm gerade eine Pflicht der einen Vertragspartei gegenüber der anderen anordnet. Sie bezweckt den Ausgleich von Vermögensopfern, die

²⁵³ vgl. oben S. 78f.

der Verwahrer über die geschuldete Obhutsleistung hinaus auf sich nimmt und zugleich die Begrenzung des Ersatzanspruches nach einem subjektiv-objektiven Maßstab²⁵⁴. Die Vorschrift dient damit gezielt dem Interessensausgleich zwischen den Parteien. Dieser Bewertung steht nicht entgegen, daß der Aufwendungsersatzanspruch erst im Falle tatsächlicher Aufwendungen entsteht. Es handelt sich nämlich nicht um solche Umstände, wie sie typisch für die mittelbaren objektiven Rechtswirkungen sind. Denn damit sind, wie bereits dargelegt, nur diejenigen Umstände gemeint, die an ein tatsächliches, außerhalb des Rechtsgeschäftes liegendes Verhalten oder ein sonst abwendbares Ereignis anknüpfen. Dies ist beim Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 693 BGB nicht der Fall. Die Möglichkeit, einen Aufwendungsersatzanspruch zu erlangen, wird bereits unmittelbar durch die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien geschaffen. Diese abstrakte Gefahr einer Vorteilsverschaffung reicht nach dem Schutzzweck der Norm aus, um die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG auszulösen.

Vorteilsbegründend wirkt ferner der Rücknahmeanspruch aus § 696 BGB. Auch diese gesetzlich angeordnete Rechtsfolge ist rechtsgeschäftlicher Natur. Die Vorschrift ordnet einen Anspruch gerade gegenüber dem Vertragspartner an. Sie ist zudem abdingbar²⁵⁵, hat also die Funktion, einen unvollkommenen Parteiwillen zu ergänzen.

Demgegenüber ist die Schadensersatzpflicht des Hinterlegers gemäß § 694 BGB im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtlich. Der Rechtsnatur nach handelt es sich um einen Anspruch aus culpa in contrahendo bzw. positiver Vertragsverletzung²⁵⁶. Die Ersatzpflicht entspringt damit nicht dem Vertrag selbst,

²⁵⁴ Mot. II, S. 581; Münchener-Kommentar-Hüffer, § 693 BGB, Rdnr. 1.

²⁵⁵ Palandt-Thomas, § 696 BGB, Anm. 1; Münchener Kommentar-Hüffer, § 696 BGB, Rdnr. 2; Soergel-Mühl, § 696 BGB, Rdnr. 1.

²⁵⁶ vgl. dazu Münchener Kommentar-Hüffer, § 694 BGB, Rdnr. 2, m.w.N.

sondern knüpft an ein außerhalb des Vertrages liegendes schuldhaftes Verhalten des Hinterlegers an. Die Schadenersatzpflicht des Hinterlegers aus § 694 BGB ist daher nur mittelbare objektive Rechtswirkung und demzufolge nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG kein beachtlicher rechtlicher Vorteil.

Für den Verwahrer ist der Verwahrungsvertrag somit wegen seines Aufwendungsersatzanspruches aus § 693 BGB und Rücknahmeanspruches aus § 696 BGB rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

3. Der Auftrag

Beim Auftrag handelt es sich wegen seiner Unentgeltlichkeit ebenfalls um einen unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Vertrag²³⁷. Die rechtliche Bewertung entspricht derjenigen beim Verwahrungsvertrag. Für den Auftraggeber ist der Auftrag wegen seiner Ansprüche auf unentgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 662 BGB) sowie wegen seiner Auskunfts-, Rechenschafts- und Herausgabeansprüche (§§ 666, 667 BGB) rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Der Auftragnehmer hat Anspruch auf Vorschuß (§ 669 BGB) und Ersatz von Aufwendungen (§ 670 BGB). Der privatautonome Regelungsgehalt beider Vorschriften ergibt sich bereits aus deren Abdingbarkeit²³⁸. Sie sollen einen unvollkommenen Parteiwillen ergänzen. Beide Normen dienen gleichermaßen dem Interessenausgleich zwischen den Parteien. Der Auftragnehmer soll, wenn er schon unentgeltlich tätig wird, keinerlei Vermögensopfer haben, dementsprechend die Kosten der Auftragsdurchführung nicht vorlegen müssen, zumindest aber etwaige Auslagen

²³⁷ Münchener Kommentar-Seiler, § 662 BGB, Rdnr. 3; Staudinger-Wittmann, § 662 BGB, Rdnr. 2; Palandt-Thomas, § 662 BGB, Anm. 1a.

²³⁸ Münchener Kommentar-Seiler, § 669 BGB, Rdnr. 9 u. § 670 BGB, Rdnr. 4; Staudinger-Wittmann, § 669 BGB, Rdnr. 10 u. § 670, Rdnr. 4.

ersetzt erhalten²⁵⁹. Die Tatsache, daß sich der Aufwendungsersatzanspruch erst im Falle tatsächlicher Aufwendungen realisiert, steht auch hier der Annahme einer unmittelbaren objektiven gesetzlichen Rechtswirkung nicht entgegen. Insoweit gilt das zum Aufwendungsersatz beim Verwahrungsvertrag Ausgeführte entsprechend.

4. Die Untersuchung der unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträge auf ihre rechtliche Vorteilhaftigkeit hin führt somit nicht zu einer Bestätigung der auf den ersten Blick naheliegenden Vermutung, die Rechtsnatur dieser Verträge könne es erforderlich machen, sie anders als die gegenseitig verpflichtenden Verträge zu bewerten. Es hat sich vielmehr gezeigt, daß auch die unvollkommen zweiseitigen verpflichtenden Verträge für beide Parteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG sind. Auch wenn sie zunächst nur für eine Vertragspartei einen direkten, vom Parteiwillen erfaßten Hauptanspruch erzeugen, so hat doch die andere Partei zumindest potentielle Nebenansprüche, die als unmittelbare objektive Rechtswirkungen ebenfalls vorteilsbegründend wirken.

III. Die einseitig verpflichtenden Verträge

Im Gegensatz zu den gegenseitig und den unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträgen, die beiden Parteien vertragliche Pflichten auferlegen, mögen sie auch bei letzteren nicht synallagmatisch verknüpft sein, ist dies bei den einseitig verpflichtenden Verträgen nicht der Fall. Derartige Verträge begründen nur für eine Vertragspartei eine Leistungspflicht. Lag bereits bei den unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträgen eine von den gegenseitig verpflichtenden Verträgen abweichende Wertung nahe, so gilt dies für die einseitig verpflichtenden Verträge folglich um so mehr.

²⁵⁹ Münchener Kommentar-Seiler, § 669 BGB, Rdnr. 1.

1. Das Schenkungsversprechen

Einen typischen Fall eines einseitig verpflichtenden Vertrages stellt das Schenkungsversprechen dar²⁶⁰. Gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den einem anderen eine Leistung schenkweise versprochen wird, die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich. Nur das Schenkungsversprechen bedarf danach der notariellen Beurkundung. Die Annahme kann, da nur der Schenker vor Übereilung geschützt werden soll, formfrei erfolgen. Sofern nicht das Gesetz ausnahmsweise die Einhaltung der Form für das ganze Rechtsgeschäft fordert (wie z. B. in den Fällen der §§ 311 - 313, 2371, 2385 BGB und § 15 GmbHG)²⁶¹. Die Frage nach rechtlicher Vorteilhaftigkeit der beurkundeten Willenserklärung ist daher, was die Annahme anbelangt, bei einem Schenkungsversprechen nicht nur in bezug auf den gegenüber § 6 BeurkG erweiterten Personenkreis relevant.

a) Das Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1, Satz 1 BGB

Das Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB wird - ohne nähere Begründung - allgemein als rechtlich vorteilhaft für den Versprechensempfänger angesehen²⁶². Begründen läßt sich diese zutreffende Auffassung ohne weiteres auf der Grundlage des hier vertretenen Ansatzes zur Abgrenzung beachtlicher von unbeachtlichen rechtlichen Vorteilen: Der Schenker verspricht einem anderen eine Leistung,

²⁶⁰ Larenz, SchuldR II, § 47 I; Münchener-Kommentar-Kollhossner, § 518, Rdnr. 2; Palandt-Putzo, § 518 BGB, Anm. zu 2 a.

²⁶¹ Mot. II, S. 293; Larenz, a.a.O.; Münchener Kommentar-Kollhossner, a.a.O., Rdnr. 3; Staudinger-Reuss, § 518 BGB, Rdnr. 3.

²⁶² Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 5 u. 7; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6, § 27 BeurkG, Rdnr. 5; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4.

die unentgeltlich erfolgen soll. Dieser Leistungspflicht ist die eigentliche vertragliche Hauptpflicht und damit "essentialia negotii" des Schenkungsvertrages (vgl. § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser Leistungspflicht entspricht einer Forderung des Versprechensempfängers auf die versprochene Leistung. Es handelt sich um einen selbständigen Erfüllungsanspruch, was sich insbesondere daran zeigt, daß der Beschenkte im Verzugsfalle die Rechte aus §§ 286ff. BGB hat und ihm im Falle schuldhaft vom Schenker herbeigeführter Unmöglichkeit der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 280 BGB) zusteht. Dieser Erfüllungsanspruch des Beschenkten wird ebenfalls unmittelbar durch das Schenkungsversprechen begründet. Er muß durch die Leistung des versprochenen Gegenstandes nur noch erfüllt werden²⁶³. Der Leistungsanspruch des Beschenkten ist somit - ebenso wie die Leistungspflicht-unmittelbare Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts und als solcher beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG.

Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen Versprechender, so ist die Beurkundung des Schenkungsversprechens im Rahmen des § 7 BeurkG unbedenklich²⁶⁴. Zwar stehen dem Schenker, der Rückforderungsanspruch wegen Notbedarfs (§ 128 BGB) und nach Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks der Herausgabeanspruch gemäß § 531 Abs. 2 BGB gegen den Beschenkten zu. Diese Ansprüche stellen jedoch nur mittelbare objektive Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts dar und sind folglich nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG unbeachtlich. Der Bereicherungsanspruch gemäß § 531 Abs. 2 in Verbindung mit § 812 BGB knüpft nicht an die Willenserklärungen der Parteien, sondern an den groben Undank des Beschenkten und damit an ein weiteres außerhalb des Rechtsgeschäfts liegendes Verhalten des Vertragspartners an und bewertet dies. Letzteres trifft auf den Rückforderungsanspruch gemäß § 528 BGB zwar nicht zu. Anspruchsbegründend wirkt jedoch nicht die Willenserklärung

²⁶³ Larenz, a.a.O.; Palandt-Putzo, § 518 BGB, Anm. 2b.

²⁶⁴ Der Notar oder seine Angehörigen können jedoch gemäß §§ 6, 3 BeurkG von der Beurkundung ausgeschlossen sein.

des Schenkers, sondern eine Verschlechterung seiner Vermögenslage. Auch hierbei handelt es sich um einen außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegenden weiteren Umstand²⁶⁵. Die Norm ist bloße Billigkeitsregel, die einseitig dem Schutz des Schenkers vor sozialer Not²⁶⁶ und nicht dem Interessenausgleich unter den Vertragsparteien dient²⁶⁷.

b) Das Schenkungsversprechen unter Auflage (§ 525 BGB)

Einen Sonderfall eines Schenkungsversprechens bildet das Schenkungsversprechen unter einer Auflage (§ 525 BGB). Es ist ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 BGB verbunden mit der zusätzlichen Nebenabrede, daß der Beschenkte seinerseits zu einer Leistung verpflichtet sein soll, wenn er in den Genuß der versprochenen Leistung gekommen ist²⁶⁸. Der Rechtsnatur nach handelt es sich um einen zweiseitig verpflichtenden, nicht aber um einen gegenseitigen Vertrag, da die Auflage nicht den Charakter einer Gegenleistung hat²⁶⁹. Der Schenker erwirbt, wenn auch aufschiebend bedingt durch den Vollzug der Schenkung, unmittelbar mit Abschluß des Schenkungsvertrages einen selbständigen Vollziehungsanspruch gegen den Beschenkten²⁷⁰. Die Selbständigkeit des Anspruchs zeigt sich auch hier daran, daß der Schenker im Verzugsfalle die Rechte aus § 286 BGB hat und im Falle zu vertretender Unmöglichkeit Schadensersatz wegen

²⁶⁵ vgl. dazu v. Thur. II, 1, S. 340 (Fn. 39); Dernburg, Allg. Lehren, § 120, II, 2 (Fn. 3).

²⁶⁶ Staudinger-Reus, § 519 BGB, Rdnr. 1; Münchener-Kommentar-Kollhosser, § 528 BGB, Rdnr. 1 u. § 519 BGB, Rdnr. 1.

²⁶⁷ so auch Hinz, S. 74.

²⁶⁸ Münchener Kommentar-Kollhosser, § 525 BGB, Rdnr. 1.

²⁶⁹ Larenz, SchuldR II, § 47 III.

²⁷⁰ Münchener Kommentar-Kollhosser, § 525 BGB, Rdnr. 6; Palandt-Putzo, § 525 BGB, Anm. 3.

Nichterfüllung verlangen kann (§ 280 BGB)²⁷¹. Als selbständige vertragliche Nebenabrede gehört die Auflage zu den unmittelbaren, vom Parteiwillen erfaßten Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts ("accidentalia negotii"). Das Schenkungsversprechen ist daher, wenn es unter einer Auflage abgegeben wird, für beide Vertragsparteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Dem steht nicht entgegen, daß der Versprechende die Vollziehung der Auflage erst nach Erfüllung des Schenkungsversprechens verlangen kann. Hierbei handelt es sich nämlich nicht um einen weiteren, außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegenden Umstand. Auch ist unerheblich, daß die Auflage aus der versprochenen Leistung zu erfüllen ist²⁷². Dies gilt selbst dann, wenn die zugewendete Leistung und die Auflagenleistung objektiv gleichwertig sind. Denn nach dem Schutzzweck der Norm kommt es nicht auf eine wirtschaftliche, sondern nur auf eine rechtliche Besserstellung an.

Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen ein von der Auflage begünstigter Dritter, so löst das Schenkungsversprechen ebenfalls die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG aus. In einem solchen Falle erwirbt nämlich neben dem Schenker auch der Dritte als Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) unmittelbar mit Abschluß des Schenkungsvertrages einen - aufschiebend bedingten - Vollziehungsanspruch gegen den Beschenkten (vgl. § 330 Satz 2 BGB)²⁷³.

Das Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1, S. 1 BGB ist somit als einseitig verpflichtender Vertrag nur für den Versprechensempfänger, das Schenkungsversprechen unter Auflage (§ 525 BGB) demgegenüber wegen seines zweiseitig verpflichtenden Charakters auch für den Versprechenden und darüber

²⁷¹ Larenz, a.a.O.

²⁷² Staudinger-Reus, § 525 BGB, Rdnr. 4; Palandt-Putzo, a.a.O., Anm. 1a.

²⁷³ Münchener Kommentar-Kollhosser, a.a.O., Rdnr. 7; Staudinger-Reuss, a.a.O., Rdnr. 27; Palandt-Putzo, a.a.O., Anm. 4b.

hinaus für den durch die Auflage begünstigten Dritten wegen seines Vollziehungsanspruchs rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 7 BeurkG.

2. Die Bürgschaft (§ 765 BGB)

Einen weiteren typischen Fall eines einseitig verpflichtenden Vertrages stellt der Bürgschaftsvertrag (§ 765 BGB) dar²⁷⁴. Das (Schrift-)Formerfordernis bezieht sich deshalb - allein der einseitig sich verpflichtende Bürge erscheint ebenso wie der Schenker beim Schenkungsversprechen (vgl. § 518 Abs. 1, Satz 1 BGB) schutzwürdig - nur auf die Bürgschaftserklärung (§ 766 Satz 1 BGB). Da die Annahmeerklärung somit keiner Form bedarf, wird üblicherweise nur die Bürgschaftserklärung beurkundet und die Urkunde sodann dem Gläubiger ausgehändigt. Die Annahme der Bürgschaftserklärung, d. h. des Angebots auf Abschluß eines Bürgschaftsvertrages erfolgt in einem solchen Falle spätestens durch Entgegennahme der Urkunde als Betätigung des Annahmewillens (§ 151 Satz 1 BGB)²⁷⁵. Obwohl es sich bei der Bürgschaft um einen Vertrag zwischen Bürge und Gläubiger handelt, ist der Notar oder einer seiner in § 6 Abs. 1 BeurkG aufgeführten Angehörigen als Gläubiger somit im Regelfall nicht gemäß § 6 Abs. 2 BeurkG formell beteiligt und bereits deshalb ausgeschlossen. Dies ist nur dann der Fall, wenn ausnahmsweise auch die Annahmeerklärung des Gläubigers beurkundet wird oder der Bürge die Bürgschaftsverpflichtung im Rahmen eines auf Leistungsaustausch mit dem Gläubiger gerichteten Vertrages übernimmt²⁷⁶. Die Frage, ob der Notar durch § 7 BeurkG gehindert ist, eine Bürgschaftserklärung zu beurkunden, stellt sich daher sowohl

²⁷⁴ Brox, SchuldR BT, Rdnr. 325; Palandt-Thomas, Einf. vor § 765 BGB, Anm. 1f.; BGH WPM 67, S. 366, 367.

²⁷⁵ Münchener Kommentar-Pecher, § 765 BGB, Rdnr. 5 u. § 766 BGB, Rdnr. 16; RGZ 57, 66, 67; 97, 162, 163; BGH WPM 1964, S. 849, 850; NJW 1967, S. 823; WPM 1978, S. 1065, 1066.

²⁷⁶ vgl. dazu Münchener Kommentar-Pecher, § 765 BGB, Rdnr. 2.

dann, wenn er oder einer seiner Angehörigen Gläubiger der zu sichernden Forderung ist, als auch dann, wenn er der Schuldner ist.

Die Auffassungen zu dieser Frage sind geteilt. Nach wohl herrschender Meinung ist der Notar nur im ersten Falle gemäß § 7 BeurkG von der Beurkundung ausgeschlossen²⁷⁷. Nach anderer Ansicht greift die Ausschlußwirkung in beiden Fällen ein²⁷⁸.

Der h. M. ist zu folgen. Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 Abs. 1 BGB). Die Bürgschaftserklärung enthält somit die den Kern des Rechtsgeschäfts bildenden, willensbestimmten Rechtsfolgen ("essentialia negotii"). Dieser Verpflichtung des Bürgen entspricht der Anspruch des Gläubigers der zu sichernden Forderung auf Befriedigung für den Fall, daß der Schuldner seine Verpflichtungen ihm, dem Gläubiger gegenüber, nicht erfüllt. Dieser Anspruch des Gläubigers ist daher ebenfalls unmittelbare Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts und als solche beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG. Zwar haftet der Bürge nicht als Gesamtschuldner mit dem Hauptschuldner, sondern nur hilfsweise für den Fall erfolgloser Inanspruchnahme des Hauptschuldners durch den Gläubiger²⁷⁹. Dies steht der Annahme einer im Sinne des § 7 BeurkG beachtlichen unmittelbaren Rechtswirkung jedoch nicht entgegen. Denn hierbei handelt es sich nicht um einen weiteren außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestands liegenden Umstand. Die "Vorausklage" ist nicht Entstehungs-, sondern Durchsetzbarkeitsvoraussetzung. Ob sich der An-

²⁷⁷ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6 u. 8; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Seibold-Hornig, § 6 BNotO, Anm. 13; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5 u. 11.; Fuchs, ZBlFG 6, S. 489, 499.

²⁷⁸ Keidel, 9. Auflage, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4.

²⁷⁹ Palandt-Thomas, § 771 BGB, Anm. 1.

spruch des Gläubigers jemals realisiert, ist vom Standpunkt des abstrakten Rechtsbegriffs her unerheblich.

Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen Schuldner der zu sichernden Forderung, so ist die Beurkundung der Bürgschaftserklärung im Hinblick auf § 7 BeurkG unbedenklich. Durch die Übernahme einer Bürgschaft für seine Schuld werden die Rechte des Schuldners nicht erweitert oder seine Pflichten vermindert. Er kann zwar u. U. ein erhebliches Interesse am Abschluß des Bürgschaftsvertrages haben. So kann z. B. die Gewährung eines Darlehens von der Übernahme einer Bürgschaft durch einen solventen Dritten abhängen oder die Vorlage einer Bürgschaftserklärung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erforderlich sein. Auch läge die Besorgnis, der Notar könne aus diesen Gründen Einfluß auf den Erklärenden nehmen, sei es auch nur durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Belehrungspflichten, in einem solchen Falle nicht fern. Eine rechtliche Besserstellung des Schuldners ist mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages jedoch nicht verbunden. Die Möglichkeit, ein Darlehen zu erhalten oder die Zwangsvollstreckung abwenden zu können, stellen vielmehr lediglich aufgrund natürlicher Kausalität eintretende tatsächliche Auswirkungen des beurkundeten Bürgschaftsvertrages dar, die bei einer am Rechtsgeschäft orientierten Betrachtungsweise und aus Gründen der Rechtssicherheit im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtlich sind²⁸⁰.

Der Bürgschaftsvertrag erzeugt somit nur für den Gläubiger einen im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlichen Rechtsvorteil.

²⁸⁰ vgl. Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8 u. § 3 BeurkG, Rdnr. 14; Keidel/Kuntze/Winkler, § 3 BeurkG, Rdnr. 16; Mecke, § 3 BeurkG, Rdnr. 7; Seybold/Hornig, § 16 BNotO, Anm. 19. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, daß die Beurkundung für den Notar in einem solchen Falle gänzlich unbedenklich wäre. Erfährt der Notar als Schuldner der zu sichernden Forderung durch die Beurkundung der Bürgschaftserklärung auch keine rechtliche Besserstellung, so ist er doch wegen des bedingten Rückgriffsanspruchs aus § 774 Abs. 1 BGB unmittelbar in seinen Angelegenheiten betroffen. Es greift daher das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG ein.

3. Die Schuldübernahme

Durch die Schuldübernahme tritt der Übernehmer als neuer Schuldner an die Stelle des bisherigen (privative Schuldübernahme) oder neben ihn (kumulative Schuldübernahme). Im ersten Fall ist das Rechtsgeschäft einmal für den Übernehmer verpflichtender Natur, da er Schuldner der bisherigen Verbindlichkeit wird. Gleichzeitig bewirkt der Übernahmevertrag eine Veränderung der Forderungsrichtung. Er hat deshalb auch Verfügungscharakter²⁸¹. Aufgrund dieses Doppelcharakters nimmt der Schuldübernahmevertrag eine Sonderstellung innerhalb der einseitig verpflichtenden Verträge ein.

Dies gilt auch für die kumulative Schuldübernahme, wenngleich sie "nur" verpflichtender Natur ist. Der gesetzliche Schuldübergang, dessen Rechtswirkungen nicht aufgrund eines Vertrages eintreten, soll im Hinblick auf den engen Sachzusammenhang ebenfalls an dieser Stelle untersucht werden.

a) Die privative oder befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415, 416 BGB)

Die privative oder befreiende Schuldübernahme ist das Gegenstück zur Abtretung (§ 398 BGB). Während bei der Abtretung der Gläubiger der Forderung ausgetauscht wird, findet bei der privativen Schuldübernahme ein Schuldnerwechsel statt²⁸². Das Gesetz sieht dafür zwei verschiedene Wege vor: Zum einen einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer ohne Mitwirkung des Schuldners (§ 414 BGB) und zum anderen einen Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer unter Mitteilung an und Genehmigung durch den Gläubiger (§ 415

²⁸¹ vgl. dazu Esser-Schmidt, SchuldR I, § 37 II, 1a; Larenz, SchuldR I, § 35 Ia; Münchener Kommentar-Möschel, Vor § 414 BGB, Rdnr. 4.

²⁸² Brox, SchuldR AT, Rdnr. 405; Münchener Kommentar-Möschel, Vor § 414 BGB, Rdnr. 2; Soergel-Zeiss, Vor § 414 BGB, Rdnr. 1; RGZ 51, 121.

BGB). Inhalt des Vertrages ist jeweils, daß "der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt". Der Übernehmer verpflichtet sich also durch den Übernahmevertrag, das zu leisten, was bisher der Altschuldner leisten sollte. Der Übernehmer tritt an die Stelle des Altschuldners. Dieser wird frei²⁸³.

aa) Der Übernahmevertrag gem. § 414 BGB

Bei einem Übernahmevertrag gemäß § 414 BGB stellt sich die Frage nach Verschaffung eines rechtlichen Vorteils nicht nur dann, wenn der Notar oder einer seiner Angehörigen Übernehmer oder Gläubiger ist, sondern auch dann, wenn er - am Vertragsschluß nicht beteiligter - Schuldner ist.

Der Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer ist darauf gerichtet, den Altschuldner, von dessen Schuld zu befreien. Er enthält insoweit eine Verfügung zugunsten eines Dritten, des Altschuldners. Diese vom Parteiwillen erfaßten Rechtswirkungen ("essentialia negotii") sind unzweifelhaft unmittelbare, rechtsgeschäftliche und damit beachtliche Vorteile im Sinne des § 7 BeurkG. Zwar erhält der Schuldner möglicherweise anstelle seines bisherigen Gläubigers einen anderen, den Übernehmer, dem er verpflichtet ist, z. B. aufgrund gesonderter vertraglicher Absprache oder unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung²⁸⁴. Dies ist jedoch mit Rücksicht darauf, daß die Begünstigung nach dem Schutzzweck der Norm vom Standpunkt des abstrakten Rechtsbegriffs aus zu beurteilen ist, unerheblich.

²⁸³ Larenz, SchuldR I, § 35 Ia; Soergel-Zeiss, §§ 414, 415 BGB, Rdnr. 1.

²⁸⁴ vgl. dazu Soergel-Zeiss, a.a.O., Rdnr. 5; Münchener Kommentar-Möschel, § 414 BGB, Rdnr. 5a. E.

Auch für den Gläubiger ist die befreiende Schuldübernahme gemäß § 414 BGB rechtlich vorteilhaft²⁸⁵. Zwar entsteht durch die Schuldübernahme keine neue Forderung. Die Identität von Altschuld und übernommener Schuld bleibt vielmehr gewahrt²⁸⁶, die Forderung ändert nur ihre Richtung²⁸⁷. Der Gläubiger erhält jedoch kraft seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung einen Anspruch mit dem Inhalt der Altschuld gegen einen Dritten (Übernehmer), gegen den er bisher jedenfalls diesen Anspruch nicht hatte. Diese vom Parteiwillen erfaßte Erweiterung der Rechte des Gläubigers ("essentialia negotii") ist als unmittelbare Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts ebenfalls beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG. Die Tatsache, daß die übernommene Schuld mit der Altschuld inhaltlich identisch ist, ist vom Standpunkt des abstrakten Rechtsbegriffs demgegenüber ohne Bedeutung. Entsprechendes gilt für das Fehlen einer etwaigen mit dem Schuldnerwechsel verbundenen wirtschaftlichen Besserstellung. Wie bereits dargelegt, kommt es nicht auf eine wirtschaftliche, sondern ausschließlich auf eine rechtliche Besserstellung an²⁸⁸.

Der Schuldübernahmevertrag gemäß § 414 BGB bewirkt die Überleitung einer isolierbaren Verpflichtung aus dem Schuldverhältnis Altschuldner - Gläubiger auf ein anderes Haftungssubjekt, den Übernehmer. Die Schuldrechtsbeziehung Altschuldner - Gläubiger als solche bleibt bestehen, was vor allem für die Geltendmachung von Gestaltungsrechten (Anfechtung, Kündigung, Rücktritt etc.) Bedeutung hat²⁸⁹. Dies

²⁸⁵ a.A. - ohne nähere Begründung - Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8a. E.

²⁸⁶ RGRK, Weber, Vor § 414 BGB, Rdnr. 8; Soergel-Zeiss, Vor § 414 BGB, Rdnr. 2 m.u.w.N.

²⁸⁷ Larenz, a.a.O.; Soergel-Zeiss, a.a.O.

²⁸⁸ vgl. oben S. 4.

²⁸⁹ vgl. dazu Larenz, a.a.O., § 35 Ib; Münchener Kommentar-Möschel, Vor § 414 BGB, Rdnr. 8 u. § 417 BGB, Rdnr. 4; Soergel-Zeiss, § 417 BGB, Rdnr. 2ff.; RGRK - Weber, Vor § 414 BGB, Rdnr. 7f.

könnte dafür sprechen, den Übernahmevertrag gemäß § 414 BGB für den Übernehmer nicht als rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG anzusehen. Rechtsgrund einer Schuldübernahme ist andererseits regelmäßig ein entgeltliches Verpflichtungsgeschäft zwischen Schuldner und Übernehmer²⁹⁰. In einem solchen Falle hätte der Übernahmevertrag nicht nur die Befreiung des Altschuldners und die Haftung des Übernehmers, sondern auch eine Schuldbefreiung für den Übernehmer zur Folge (§ 362 BGB). Dies wiederum würde eine Verminderung seiner Pflichten bedeuten und könnte daher auch für § 7 BeurkG beachtlich sein. Die Schuldübernahme kann jedoch auch im Zusammenhang mit einer unentgeltlichen Zuwendung stehen²⁹¹ oder ihren Rechtsgrund im Verhältnis Übernehmer - Gläubiger haben²⁹², etwa wenn der Übernehmer sich dazu vertraglich verpflichtet hatte. Daraus folgt jedoch nicht, daß die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Übernahmevertrages für den Übernehmer nicht generell festgestellt werden könnte, sondern anhand der jeweiligen Rechtsgrundbeziehung geprüft werden müßte. Etwaige Wirkungen der Schuldübernahme auf das Rechtsgrundverhältnis, wie z. B. die Erfüllung gemäß § 362 BGB, sind nämlich keine Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts Gläubiger - Übernehmer, sondern des Rechtsgrundverhältnisses Übernehmer - Altschuldner. Vom Rechtsgeschäft der Schuldübernahme her gesehen, handelt es sich bei der Erfüllungswirkung nur um tatsächliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts, die nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG nicht vorteilsbegründend wirken. Die privative Schuldübernahme gemäß § 414 BGB verschafft somit dem Übernehmer keinen beachtlichen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG.

²⁹⁰ Münchener Kommentar-Möschel, Vor § 414 BGB, Rdnr. 5; RGRK - Weber, Vor § 414 BGB, Rdnr. 10; BGH WM 1965, S. 361, 362.

²⁹¹ Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O.

²⁹² Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O.; BGH WPM 1959, S. 1195, 1196.

bb) Der Übernahmevertrag gemäß §§ 415, 416 BGB

Unterschiedliche Auffassungen bestehen über die rechtliche Relevanz einer Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer gemäß § 415 BGB. Dies ist insbesondere bei der Übernahme einer Hypothekenschuld (§ 416 BGB), einem typischen Anwendungsfall des § 415 BGB, der Fall, wie folgendes Beispiel verdeutlicht:

A und B schließen einen Kaufvertrag über ein Grundstück, das zugunsten des C, einem Bruder des beurkundenden Notars mit einer Hypothek belastet ist. A und B vereinbaren, daß B als Käufer die eingetragene Hypothekenschuld unter Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt.

Die Beurkundung eines solchen Vertrages durch einen Notar, der selbst oder dessen Angehöriger Gläubiger der Hypothekenforderung ist, wird von einem Teil der Literatur für unbedenklich gehalten²⁹³. Zur Begründung dieser Auffassung wird u. a. ausgeführt, die Übernahmeerklärung habe für sich allein keine der Hypothekengläubiger treffende unmittelbare Rechtsfolge, sondern erst die Mitteilung des Veräußerers gemäß § 416 BGB²⁹⁴. Durch die Übernahme der Hypothek würden die Rechte des Notars nicht betroffen, denn der persönliche Schuldner bleibe derselbe, so lange der Hypothekengläubiger die Schuldübernahme nicht genehmige. Genehmige er sie, so trete nur ein anderer Schuldner an die Stelle des bisherigen²⁹⁵. Dem wird entgegengehalten, die Übernahme sei, wenn die Genehmigung des Gläubigers hinzukomme, derjenige Akt, der die Rechte des Hypothekengläubigers gegenüber dem Übernehmer begründet. Nicht die Mitteilung des Veräußerers

²⁹³ Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; ders., § 3 BeurkG, Rdnr. 14, Mecke, § 3 BeurkG, Rdnr. 7; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 11; Josef, Recht 05, 63; 05, 247; 06, 926; Weißler, ZNotV 1904, S. 579; Seybold-Hornig, § 16 BNotO, Rdnr. 13.

²⁹⁴ Schlegelberger, Josef und Weißler, jeweils a.a.O.

²⁹⁵ Jansen, a.a.O.; Seybold-Hornig, a.a.O. (anders noch die Voraufgabe).

gebe diese Rechte, die Mitteilung sei vielmehr nur das Mittel, um die Frist für die Genehmigungserklärung in Lauf zu setzen. Die Mitteilung und Genehmigung vollendeten nur die Übernahme. Eine Gewährung von Rechten sei in der letzteren aber schon allein enthalten, weil mit ihr der Schuldner alles getan habe, was seinerseits notwendig sei, um die Verpflichtung auf ihn übergehen zu lassen²⁹⁶.

Dieser letzten Auffassung ist im Ergebnis zuzustimmen. Bei einem Übernahmevertrag gemäß § 415, 416 BGB verfügen Schuldner und Übernehmer als Nichtberechtigte im Sinne des § 185 BGB über die Forderung des Hypothekengläubigers (sog. Verfügungstheorie)²⁹⁷. Damit untrennbar verknüpft ist die Verpflichtung des Übernehmers mit dem Inhalt der ursprünglichen Schuld²⁹⁸. Durch die Genehmigungserklärung des Gläubigers wird der bis dahin schwebend unwirksame Vertrag wirksam. An die Stelle des bisherigen Schuldners (A) tritt ein anderer Schuldner (B). Die Rechtslage ist nach der Genehmigungserklärung identisch mit derjenigen bei einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB²⁹⁹. Der Hypothekengläubiger erhält unmittelbar durch seine (Genehmigungs)Erklärung einen Anspruch mit dem Inhalt der Altschuld gegen einen Dritten

²⁹⁶ Dennler, Recht 05, 191; Fuchs, ZBlFG 6, 489, 496/497.

²⁹⁷ h. M. vgl. Münchener-Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 1; Soergel-Zeiss, §§ 414, 415 BGB, Rdnr. 1; Palandt-Heinrichs, § 415 BGB, Anm. 1; Larenz, SchuldR I, § 35 Ia; Brox, JZ 1960, S. 370; Enneccerus-Lehmann, § 84 V; Erman-Westermann, § 415 BGB, Rdnr. 1; Hirsch, JR 1960, S. 291, 293f.; Gürgens, Ihering Jb 8, S. 221, 261; Regelsberger, Ihering Jb 39, S. 463, 470ff., 473; BGHZ 31, 321, 325f.; RGZ 63, 42, 46; 120, 151, 152; 134, 185, 187; anders die sog. Angebots-theorie (vgl. dazu Kipp, Ihering Jb 36, S. 352f.; von Blume, Ihering Jb 39, 390, 396f., 400; 40, 109ff., 119; Lippmann, AcP 107, 72ff.; Böhmer, II, 1, § 8 IV, Ib), die jedoch mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren ist (vgl. Mot. II, S. 144; Prot. I, S. 405f., 410f.; Soergel-Zeiss, a.a.O., Rdnr. 2; Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O., Rdnr. 2).

²⁹⁸ Münchener-Kommentar-Möschel, a.a.O., Rdnr. 1; Soergel-Zeiss, a.a.O., Rdnr. 1; Larenz, a.a.O.

²⁹⁹ vgl. oben S. 92ff.

(Übernehmer) und erfährt dadurch eine im Rahmen des § 7 BeurkG beachtliche Erweiterung seiner Rechte. Die Genehmigungserklärung ist somit für den Hypothekengläubiger rechtlich vorteilhaft im Sinne dieser Vorschrift.

Dies gilt auch für die Mitteilung des Veräußerers gemäß § 416 Abs. 2 BGB, bei der es sich um eine geschäftsähnliche, empfangsbedürftige Erklärung handelt³⁰⁰. Sie setzt nicht nur die Frist für die Genehmigungserklärung des Gläubigers in Lauf, sondern eröffnet dem Hypothekengläubiger die Möglichkeit, den Übernahmevertrag zu genehmigen. Bereits darin liegt eine rechtliche Besserstellung des Gläubigers im Hinblick auf den Rechtserwerb durch Genehmigung³⁰¹.

Im Zeitraum zwischen Abschluß des Übernahmevertrages einerseits und Genehmigungserklärung andererseits also auch nach der Mitteilung des Veräußerers gemäß § 416 Abs. 2 BGB, hat der Gläubiger noch kein Recht im engeren Sinne erlangt. Schuldner und Übernehmer können den Vertrag jederzeit einvernehmlich - aufheben oder ändern (§ 415 Abs. 1 Satz 3 BGB)³⁰². Darüber hinaus könnte dafür sprechen, eine rechtliche Besserstellung des Hypothekengläubigers allein durch den Übernahmevertrag zu verneinen, daß der Übernehmer gemäß § 415 Abs. 3 BGB "im Zweifel" dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, und zwar selbst dann, wenn der Gläubiger die Übernahme verweigert. Der Übernahmevertrag enthält danach unabhängig vom Wirksamwerden der Schuldübernahme sofort mit Abschluß des Vertrages eine Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329 BGB³⁰³, die, wie bereits ausgeführt³⁰⁴, für den Gläubiger

³⁰⁰ Münchener-Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 8; Palandt-Heinrichs, § 415 BGB, Anm. 2c.

³⁰¹ vgl. oben Fn. 294.

³⁰² Soergel-Zeiss, §§ 414, 415 BGB, Rdnr. 9; Münchener Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 15; Larenz, SchuldR I, § 35 Ia.

³⁰³ Soergel-Zeiss, a.a.O.; Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O.; Larenz, a.a.O.

nicht rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG ist. Gleichwohl löst bereits der Übernahmevertrag als solcher die Rechtsfolgen dieser Vorschrift aus. Die Rechtsstellung eines Hypothekengläubigers bei Abschluß eines Übernahmevertrages ist nämlich nicht identisch mit derjenigen bei einer "normalen" Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329 BGB. Zwar erwirbt der Gläubiger in beiden Fällen kein Recht im engeren Sinne. Während sich die Erfüllungsübernahme im "Normalfall" jedoch in der Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer erschöpft, wonach der Gläubiger gerade keine Erweiterung seiner Rechtsstellung erfahren soll, soll der Gläubiger nach dem Willen der Parteien des Übernahmevertrages jedoch einen anderen Schuldner und damit einen Anspruch erhalten, den er bisher nicht hatte. Es kommt hinzu, daß der Übernahmevertrag Teil des mehraktigen Entstehungstatbestandes der privativen Schuldübernahme gemäß §§ 415, 416 BGB, bestehend aus Übernahmevertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, Mitteilung des Veräußerers und Genehmigung des Gläubigers, ist. Der Übernahmevertrag kann daher nicht isoliert betrachtet, sondern muß als Teil dieses mehraktigen Entstehungstatbestandes gewürdigt werden. Im Rahmen dieses Entstehungstatbestandes enthält der Übernahmevertrag die den Kern des Rechtsgeschäfts bildenden, artbestimmenden Rechtswirkungen ("essentialia negotii"). Schuldner und Übernehmer haben alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgegeben, die für den Rechtserwerb des Gläubigers erforderlich sind. Es bedarf lediglich noch der Kenntniserlangung auf Seiten des Gläubigers durch geschäftsähnliche Erklärung des Veräußerers, der Mitteilung gemäß § 416 Abs. 2 BGB. Auch der Regelungszusammenhang der §§ 7, 27 BeurkG spricht für die Ausschließung des Notars von der Beurkundung des Übernahmevertrages. Der in einer letztwilligen Verfügung Bedachte, hat mit der Errichtung ebenso wie der Gläubiger beim Abschluß des Übernahmevertrages gemäß §§ 415, 416 BGB wegen der jederzeitigen Abänderbarkeit kein Anwartschaftsrecht, geschweige denn ein Vollrecht. Der Testamentsvollstrecker erwirbt mit seiner Ernennung weder Machtbefugnisse

³⁰⁴ vgl. oben S. 70f.

noch einen Vergütungsanspruch. Voraussetzung ist vielmehr auch hier, daß der Testamentsvollstrecker den Erblasser überlebt, die letztwillige Verfügung im Zeitpunkt des Todes unverändert besteht und der Testamentsvollstrecker das Amt annimmt. Der Vergütungsanspruch erfordert darüber hinaus auch die tatsächliche Ausübung des Amtes. Wenn der Gesetzgeber in § 27 BeurkG klarstellend gleichwohl allein die Bedenkung oder die Ernennung zum Testamentsvollstrecker als solche als rechtlich vorteilhaft angesehen hat, so kann für die Position des Gläubigers bei Abschluß eines Übernahmevertrages gemäß §§ 415, 416 BGB nichts anderes gelten. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß es der Mitteilung des Veräußerers und der Genehmigungserklärung des Gläubigers nicht in jedem Falle bedarf. Die Genehmigung ist nach allgemeinem Zustimmungsrecht nur dann erforderlich, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten nicht bereits mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt (§ 185 Abs. 1 BGB). Liegt diese vor, bedarf es der Mitteilung an den Gläubiger nicht mehr, da er ohnehin Kenntnis hat und der Übernahmevertrag ungeachtet des § 184 Abs. 1 BGB bereits mit seinem Abschluß wirksam wird³⁰³. Bezieht sich die Einwilligung auf die Übernahme einer Hypothekenschuld bei Erwerb eines Grundstücks (§ 416 BGB) so ist die Mitteilung ebenfalls entbehrlich. Die Einwilligung ist lediglich im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der Grundbucheintragung des Erwerbers (vgl. § 416 Abs. 2 Satz 1 BGB) erklärt³⁰⁴. Der Gläubiger hat in diesem Fall im Gegensatz zu § 415 BGB mit Abschluß des Übernahmevertrages noch kein Vollrecht erworben. Ihm steht aber bereits ein Anwartschaftsrecht zu, das bei Eintritt der Bedingung zum Vollrecht erstarkt. Bei vorher erteilter Zustimmung ist somit allein der Abschluß des Übernahmever-

³⁰³ Münchener Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 7; Soergel-Zeiss, §§ 414, 415 BGB, Rdnr. 8; Palandt-Heinrichs, § 415 BGB, Anm. 2b; RGZ 60, 415, 416; RG WarnR 1911 Nr. 262; 1915 Nr. 205; 1919 Nr. 29; RG HRR 1933, Nr. 1415; BGH WarnR 1976, Nr. 61, S. 186 (zur Vertragsübernahme).

³⁰⁴ Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O.; Soergel-Zeiss, § 416 BGB, Rdnr. 6; RG WarnR 1911, Nr. 262; 1919 Nr. 29; RG LZ 1911, 458; JW 1919, 237, Nr. 2.

trages mit einem Rechtserwerb verbunden und damit rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Anwendungsfall des § 415 BGB oder des § 416 BGB handelt. Sieht man die Beurkundung des Übernahmevertrages durch den Notar als Hypothekengläubiger ohnehin nicht bereits als zumindest stillschweigende Zustimmung an, so dürfte es jedenfalls in der Regel vom Zufall abhängen, ob der Hypothekengläubiger seine Zustimmung vorher oder im Nachhinein erteilt; denn üblicherweise gehen dem Abschluß eines Grundstückskaufvertrages Verhandlungen mit den Betroffenen Kreditinstituten und sonstigen Gläubigern voraus. Ist dies aber der Fall, so müssen nach der Ratio des § 7 BeurkG beide Fälle - Einwilligung und Genehmigungsgleichbehandelt und der Abschluß eines Übernahmevertrages als beachtlich im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden, zumal die Genehmigungserklärung ex tunc (vgl. § 184 Abs. 1 BGB) auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht nur auf den der Mitteilung zurückwirkt³⁰⁷. Anderenfalls würde auch hier nicht nur dem Zufall Tür und Tor geöffnet, sondern Rechtskundigen auch die Möglichkeit einer Umgehung der Ausschlußwirkung des § 7 BeurkG eingeräumt.

Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen Altschuldner, so wird er durch die Genehmigungserklärung ex tunc frei (§ 184 BGB)³⁰⁸. Die Rechtslage des Altschuldners ist identisch mit derjenigen bei einem Vertrag gemäß § 414 BGB. Aber auch der Übernahmevertrag als solcher bewirkt unmittelbar bereits eine Erweiterung der Rechte des Altschuldners. Mit Abschluß des Übernahmevertrages ist nämlich im Innenverhältnis der Übernehmer im Zweifel dem Schuldner gegenüber zur Erfüllungsübernahme verpflichtet (§ 415 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 329 BGB). Die Erfüllungsübernahme wiederum verpflichtet den Dritten, den Gläubiger so rechtzeitig zu befriedigen, daß dieser den Schuldner nicht in Anspruch nehmen

³⁰⁷ Münchener-Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 14; RGZ 120, 151, 153; 134, 185, 187.

³⁰⁸ Münchener-Kommentar-Möschel, § 415 BGB, Rdnr. 14; Soergel-Zeiss, §§ 414, 415 BGB, Rdnr. 7.

kann³⁰⁹. Ist der Notar oder einer seiner Angehörigen Übernehmer, so gilt das zum Vertrag gemäß § 414 BGB ausgeführte entsprechend³¹⁰.

Die privative oder befreiende Schuldübernahme ist somit unabhängig davon, ob sie zwischen Gläubiger und Übernehmer (§ 414 BGB) oder Schuldner und Übernehmer (§§ 415, 416 BGB) vereinbart wird, für Schuldner und Gläubiger, nicht jedoch für den Übernehmer rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 7 BeurkG.

b) Die kumulative Schuldübernahme (§ 305 BGB)

Eine Schuld kann auch in der Weise übernommen werden, daß der Übernehmer als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Schuldner in das Schuldverhältnis eintritt (Schuldbeitritt, auch Schuldmitübernahme, kumulative, vervielfältigende oder bestärkende Schuldübernahme genannt)³¹¹. Der bisherige Schuldner wird in diesem Falle nicht befreit. Der Gläubiger erhält vielmehr einen weiteren Schuldner, so daß er nach seinem Belieben den einen oder den anderen in Anspruch nehmen kann (§ 421 BGB)³¹². Der vertragliche Schuldbeitritt kann wie die privative Schuldübernahme entweder durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Beitretenden oder durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Beitretenden begründet werden³¹³.

³⁰⁹ Münchener-Kommentar-Möschel, a.a.O., Rdnr. 15; Soergel-Zeiss, a.a.O., Rdnr. 9; RG JW 1904, 550, Nr. 6; BGHZ 58, 191, 194f.

³¹⁰ vgl. oben S.

³¹¹ vgl. Larenz, SchuldR I, § 35 II.

³¹² Münchener Kommentar-Möschel, Vor § 414 BGB, Rdnr. 10; Soergel-Zeiss, Vor § 414 BGB, Rdnr. 5; Larenz, a.a.O.; Brox, SchuldR AT, Rdnr. 419.

³¹³ vgl. Fn. 312.

Im ersten Falle verpflichtet sich der Beitretende dem Gläubiger gegenüber, ihn neben dem Altschuldner wegen dessen zur Zeit des Beitritts vorhandener Schuld zu befriedigen ("essentialia negotii"). Der Gläubiger erwirbt gleichzeitig einen entsprechenden Anspruch gegen den Beitretenden. Dadurch werden seine Rechte unmittelbar kraft rechtsgeschäftlicher Erklärung erweitert. Dieser rechtliche Vorteil ist ohne weiteres beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG. Auch für Schuldner und Beitretenden ist das Rechtsgeschäft rechtlich vorteilhaft. Kraft ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen wird das bisherige Schuldverhältnis in ein Gesamtschuldverhältnis ausgeweitet. Beide erwerben unmittelbar mit Abschluß des Vertrages zumindest einen Befreiungsanspruch bzw. einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 BGB. Diese Ausgleichspflicht, deren Umfang sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsgrundverhältnis richtet, entsteht nämlich als selbständige Verpflichtung bereits mit der Begründung der Gesamtschuld und nicht etwa erst mit der Befriedigung des Gläubigers³¹⁴. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich der eine oder der andere Anspruch tatsächlich realisiert, ist demgegenüber nach der Ratio des § 7 BeurkG ohne Bedeutung.

Vereinbaren Schuldner und Beitretender den Schulbeitritt, so gilt das vorstehend ausgeführte entsprechend. Es handelt sich um einen Vertrag zugunsten eines Dritten mit dem Inhalt der vorhandenen Verbindlichkeit, ohne daß allerdings die §§ 328ff. BGB unmittelbar anwendbar wären; denn der Beitretende verspricht nicht nur eine Leistung an den Gläubiger, sondern tritt als Gesamtschuldner in das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ein. Die §§ 328ff. BGB sind jedoch, von wenigen Ausnahmen abgesehen³¹⁵, entsprechend anwendbar, so daß der Gläubiger, dessen Mitwirkung es in diesem Falle grundsätzlich mit Rücksicht auf die ausschließliche

³¹⁴ Münchener Kommentar-Selb., § 426 BGB, Rdnr. 9; Palandt-Heinrichs, § 426 BGB, Anm. 2a; BGHZ 35, 325; BGH NJW 1981, S. 1667.

³¹⁵ vgl. dazu Soergel-Zeiss, a.a.O.; Palandt-Heinrichs, Vor § 414 BGB, Anm. 2c; Larenz, a.a.O.

Verbesserung seiner Rechtslage nicht bedarf, die Möglichkeit der Zurückweisung hat (§ 333 BGB)³¹⁶. Zwischen Schuldner und Beitretendem besteht auch bei dieser Konstellation ein durch ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen unmittelbar begründetes Gesamtschuldverhältnis gemäß § 421 BGB mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten.

Der Schulbeitritt ist somit unabhängig davon, welche der vorstehend aufgezeigten Wege beschritten wird, für alle Beteiligten rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG³¹⁷.

c) Der gesetzliche Schuldübergang

Eine Schuld kann nicht nur aufgrund eines Rechtsgeschäfts, sondern auch aufgrund gesetzlicher Anordnung auf einen anderen übergehen, sei es, daß dieser fortan allein, sei es, daß er neben dem bisherigen Schuldner wie im Falle des Schuldbeitritts haftet. Das Gesetz ordnet eine derartige Mithaftung im Gläubigerinteresse vornehmlich im Zusammenhang mit dem Übergang des Vermögens auf andere Personen an, weil den Gläubigern dadurch ihr bisheriges Haftungsobjekt entzogen wird³¹⁸. So ordnet beispielsweise § 419 BGB für den Fall des Übergangs des gesamten Vermögens an, daß der bisherige Schuldner dadurch nicht befreit und der Erwerber neben dem Veräußerer Schuldner wird. Der Abschluß eines solchen, den Schuldübergang auslösenden obligatorischen Vertrages ist nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG vorteilsbegründend, gleichgültig, ob der Notar oder

³¹⁶ Münchener Kommentar-Möschel, a.a.O.; Soergel-Zeiss, a.a.O.; Brox, a.a.O.; BGHZ 40, 381, 385; 72, 250; BGH WPM 1965, 361, 362; 1973, 1289, 1290f.; DB 1975, 2081; OLG Celle, NJW 1960, S. 200f.

³¹⁷ a. A. Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6 u. 8, der den kumulativen Schuldbeitritt nur dann als rechtlich vorteilhaft ansieht, wenn er für eine Forderung der Urkundsperson vereinbart wird.

³¹⁸ Larenz, SchuldR I, § 35 II; Brox, SchuldR AT, Rdnr. 420.

einer seiner Angehörigen Veräußerer, Erwerber oder Gläubiger des Veräußerers ist.

Für den Veräußerer und Erwerber folgt dies schon allein daraus, daß es sich um einen gegenseitig verpflichtenden Vertrag handelt, der für beide Parteien rechtlich vorteilhaft ist³¹⁹. Der Erwerber erhält einen Anspruch auf das im Vertrag im einzelnen näher umrissene "Vermögen". Der Veräußerer erhält einen Anspruch auf die vertraglich festgelegte Gegenleistung.

Ist der Notar Gläubiger des Veräußerers, so erhält er kraft gesetzlicher Anordnungen einen weiteren Schuldner, der ihm gesamtschuldnerisch haftet (§ 419 Abs. 1 BGB). Die Rechtslage ist insoweit identisch mit derjenigen beim vertraglich vereinbarten Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)³²⁰. Die Rechte des Notars werden somit erweitert. Im Gegensatz zum vertraglich vereinbarten Schuldbeitritt ist dieser rechtliche Vorteil allerdings nicht willensbestimmte Rechtsfolge. Gleichwohl ist er beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG. Der Verpflichtungstatbestand des § 419 BGB knüpft nämlich unmittelbar an die Willenserklärungen der Parteien des obligatorischen Vertrages an und nicht etwa an einen weiteren Umstand, insbesondere an ein weiteres tatsächliches Verhalten. Der sich daraus ergebende rechtliche Vorteil ist daher als willensunabhängige, unmittelbar kraft Gesetzes im Rechtskreis eines Dritten eintretende Rechtswirkung ("unmittelbar objektive gesetzliche Rechtswirkung" in der Form der sog. Reflexwirkung) vorteilsbegründend im Sinne des § 7 BeurkG.

Am Beispiel des § 419 BGB zeigt sich einmal mehr die Übereinstimmung der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG mit dem Schutzzweck dieser Norm. Danach kann es nämlich keinen Unterschied machen, ob dem Gläubiger der rechtliche Vorteil unmittelbar anknüpfend an das Rechtsgeschäft kraft

³¹⁹ vgl. oben S. 58ff.

³²⁰ Palandt-Heinrichs, § 419 BGB, Anm. 4a; Larenz, a.a.O.; Brox, a.a.O., Rdnr. 424.

Gesetzes verschafft wird, oder ob er sich selbst den rechtlichen Vorteil unmittelbar durch rechtsgeschäftliche Erklärung mit dem Erwerber im Wege eines vertraglichen Schuldbeitritts verschafft. Entscheidend und ausreichend ist nach der Ratio des § 7 BeurkG, daß der Dritte sich den Vorteil auch durch ausdrückliche Willenserklärung des Erwerbers hätte verschaffen können. Maßgeblich ist also allein die rechtsgeschäftliche Natur des bestehenden oder abstrakt möglichen rechtlichen Vorteils schlechthin. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob sich der Vorteil - etwa durch Inanspruchnahme des Erwerbers - tatsächlich realisiert.

Die vorstehenden Ausführungen zum gesetzlich angeordneten Schuldbeitritt gemäß § 419 BGB gelten entsprechend für weitere ex lege eintretende Schuldbeitrittswirkungen, wie z. B. in § 1088 BGB (Haftung des Nießbrauchers neben dem Besteller für bestimmte regelmäßig wiederkehrende Leistungen), in §§ 2382, 2385 BGB (Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten beim Erbschafts Kauf und erblichen Verträgen), in § 25 HGB (Haftung des Erwerbers für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers bei Firmenfortführung), in § 28 HGB (Haftung des Eintretenden bei Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns für die im Betrieb des Geschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers), in § 130 HGB (Haftung des in einer Gesellschaft Eintretenden für frühere Verbindlichkeiten der Gesellschaft), in § 28 Abs. 2 Satz 2 VerlG (Haftung des Rechtsnachfolgers bei Übertragung von Verlagsrechten) und § 53 ZVG (Haftung des Erstehers für die persönliche Forderung).

Anders ist die Rechtslage im Fall des § 556 Abs. 3 BGB (Rückforderungsrecht des Vermieters auch gegenüber dem Dritten, dem die Mietsache überlassen worden ist) und § 3 Nr. 1 und 2 PflichtVG (gesamtschuldnerische Haftung von Pflichtversicherer und Versicherungsnehmer). Durch § 556 Abs. 3 BGB wird die Rechtsstellung des Dritten nicht verbessert. Seine Rechtslage verschlechtert sich vielmehr dadurch, daß er auch dem Vermieter auf Rückgabe haftet. Für Vermie-

ter und Mieter ist der Abschluß allein des Mietvertrages mit Rücksicht auf dessen Rechtsnatur (gegenseitig verpflichtender Vertrag) ohnehin rechtlich vorteilhaft, so daß eine etwaige Beurkundung schon allein aus diesem Grunde gemäß § 7 BeurkG unwirksam wäre. Abgesehen davon enthält § 556 Abs. 3 keine privatautonome Wertung des Rechtsgeschäfts (Mietvertrag), sondern eines weiteren tatsächlichen Verhaltens, nämlich die Überlassung der Mietsache an den Dritten. Der sich für den Vermieter daraus ergebende rechtliche Vorteil ist lediglich mittelbare objektive Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts Mietvertrag und damit nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG unbeachtlich. Letzteres gilt entsprechend für § 3 Nr. 1 und 2 PflichtVG. Diese Vorschrift knüpft an den Eintritt eines vom Versicherungsnehmer verursachten Schadens, und damit ebenfalls an ein weiteres Verhalten an.

4. Als weiteres Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden:

Die einseitig verpflichtenden Verträge, wie z. B. das Schenkungsversprechen (§ 518 BGB) und die Bürgschaft (§ 765 BGB), sind im Gegensatz zu den gegenseitig verpflichtenden und den unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträgen nur für die jeweils anspruchsberechtigte Vertragspartei rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Nebenabreden, wie z. B. das Schenkungsversprechen unter Auflage gemäß § 525 BGB, die sowohl für den Versprechenden als auch für einen durch sie begünstigten Dritten beachtliche Rechtswirkungen im Sinne des § 7 BeurkG erzeugten, können zwar zu einer anderen Bewertung führen. Sie machen jedoch nicht eine Differenzierung oder gar eine Korrektur des Untersuchungsergebnisses notwendig, da sich durch sie gleichzeitig auch die Rechtsnatur der jeweiligen Vereinbarung ändert.

Ausnahmen bilden die privative oder befreiende Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415, 416 BGB und die kumulative Schuldübernahme (§ 305 BGB). Erstere ist für Altschuldner

und Gläubiger, nicht jedoch für den Übernehmer rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Letztere ist für alle Beteiligten (Schuldner, Beitretender und Gläubiger) rechtlich vorteilhaft.

Von den gesetzlich angeordneten Schuldbeitrittswirkungen sind diejenigen der §§ 419, 1088, 2382, 2385 BGB, 25, 28, 130 HGB, 28 Abs. 2 Satz 2 VerlG und 53 ZVG beachtlich. Hingegen lösen diejenigen der §§ 556 Abs. 3 BGB und 3 Nr. 1 und 2 PflVG die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG nicht aus, da sie nur mittelbare objektive Rechtswirkungen erzeugen, die nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG unbeachtlich sind.

B. Die einseitigen Rechtsgeschäfte

Im Gegensatz zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften stehen sich bei den einseitigen Rechtsgeschäften nicht Willenserklärungen verschiedener Willensrichtungen gegenüber. Sie sind vielmehr dadurch gekennzeichnet, daß die vom Erklärenden gewollte Rechtswirkung grundsätzlich nur durch seine alleinige Willenserklärung erzeugt wird³²¹. Dieser Umstand macht eine gesonderte Prüfung der Rechtswirkungen dieser Rechtsgeschäfte erforderliche, wobei sich die Untersuchung in Anbetracht der Vielzahl möglicher einseitiger Rechtsgeschäfte auch hier im wesentlichen auf die in ihrer Beachtlichkeit besonders umstrittenen Fallgruppen konzentrieren muß.

³²¹ v. Thur., II, 1, § 53 I, S. 203. Aus besonderen Gründen kann auch zum einseitigen Rechtsgeschäft die Mitwirkung mehrerer Personen oder die Zustimmung eines Dritten erforderlich sein, z. B. wenn bei einem Mietvertrag eine Partei aus einer Mehrheit von Personen besteht und von ihr ein Gestaltungsrecht ausgeübt werden soll. Auch der Fall des § 1749 Abs. 1 BGB gehört hierher. Dadurch verliert das Geschäft jedoch nicht seinen Charakter als einseitiges Rechtsgeschäft (vgl. dazu v. Thur., II, 1, § 53 III, S. 229ff.).

I. Die empfangsbedürftigen Willenserklärungen

Zu den einseitigen Rechtsgeschäften gehören zunächst die empfangsbedürftigen Willenserklärungen, deren Wirksamkeit neben ihrer Abgabe auch den Zugang beim Erklärungsempfänger erfordert.

1. Die Vollmacht (§ 167 BGB)

Typisches Beispiel einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung und in der vorsorgenden Rechtspflege von besonderer Bedeutung ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht, §§ 166 Abs. 2, 167 Abs. 1 BGB)³²². Ausdruck dieser besonderen Bedeutung ist u. a. die Vielzahl der Beiträge und Gerichtsurteile, die sich mit der Frage befassen, ob der Notar mit Rücksicht auf §§ 7, 27 BeurkG bzw. § 171 FGG a.F. eine Vollmacht auf sich selbst beurkunden darf oder nicht. Die hierzu vertretenen Auffassungen lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen unterteilen:

Teilweise wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, der Notar sei durch § 7 BeurkG nicht gehindert, eine Vollmacht auf sich selbst zu beurkunden. Durch die ihm verliehene Macht, Willenserklärungen mit Wirkung für einen anderen abzugeben, werde seine Rechtsstellung zwar erweitert, jedoch nicht verbessert. Der Notar erhalte keinen Vorteil, der ihm selbst zugute komme. Die Vollmacht werde nicht in seinem Interesse erteilt und rechtfertige daher nicht die Besorgnis eines unlauteren und unparteiischen Verhaltens. Rechtlich vorteilhaft könne allenfalls das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsgeschäft sein. Dies sei jedoch

³²² Münchener Kommentar-Thiele, § 167 BGB, Rdnr. 3.

von der Vollmacht streng zu trennen und hinsichtlich seiner Wirksamkeit selbständig zu beurteilen³²³.

Nach anderer Ansicht soll bereits die Vollmachtserteilung als solche dem Bevollmächtigten einen rechtlichen Vorteil verschaffen, da in der ihm übertragenen Rechtsmacht, für einen anderen zu handeln und dadurch Rechtsfolgen mit Wirkung für und gegen diesen hervorzurufen, eine rechtsgeschäftliche Erweiterung seiner Macht liege³²⁴.

Die wohl heute h. M.³²⁵ sieht dies ebenso, läßt aber eine Ausnahme für den Fall zu, daß dem Notar auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege (§ 24 BNotO) Vollmachten erteilt werden, die der Förderung und Durchführung der von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfte dienen, wie z. B. Stellung, Änderung und Rücknahme von Vollzugsanträgen beim Grundbuchamt oder Registergericht sowie die Einholung erforderli-

³²³ Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 5, § 3 BeurkG, Rdnr. 17; Eccius, Gruchot, Bd. 47, S. 209, 210/211; Joseph, ZBlFG 6, 489, 503; Paris, DJZ 1905, 640f.; Hieber, DNotZ 1951, 212; 1957, 544/545; Haegele, S. 76; RGZ 121, 30, 34/35; 155, 172, 179; KG, DJZ 1932, 1201; OLG München, DNotZ 1943, 60; OLG Hamm, JMB1NRW 1953, 125/126; BayObLG, DNotZ, 1956, 210, 213/214.

³²⁴ Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4, mit umfangreichen weiteren Nachweisen aus der älteren Literatur und Rechtsprechung; Weber, DNotZ 1956, 285, 292f.; KG 24 A 6, 8; 36 A 194, 199; 38 A 190; BayOLGZ, 16 A 139, 140; 18 A 209, 211; 18 A 300/301; OLG Colmar, OLG Rspr. 23, 380.

³²⁵ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; § 3 BeurkG, Rdnr. 53; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; § 3 BeurkG, Rdnr. 19; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; § 3 BeurkG, Rdnr. 12; Riedel/Feil, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, § 6 I, III b, S. 32; Staudinger/Firsching, § 27 BeurkG, Rdnr. 2; Soergel-Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 3; § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 2 a.E.; widersprüchlich Palandt, vgl. Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2 einerseits und Palandt-Edenhofer, § 27 BeurkG, Anm. 4 a.E. andererseits; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 8; Höfer/Huhn, S. 240; Rohs, S. 151; Seybold/Hornig, § 16 BNotO, Rdnr. 38; Fischer, JW 1924, 923, 924; Safferling, Rpfleger 1971, 295, 296; Reithmann, DNotZ 1975, 324, 338; LG Aschaffenburg, Rpfleger 1971, 319; LG Bielefeld, DNotZ 1979, 630, 632, BNotK, DNotZ 1977, 263 (Nr. 6).

cher Genehmigungen, Bescheinigungen, Zeugnisse und Zustimmungserklärungen. Zur Begründung wird teilweise ausgeführt, in einer solchen Vollmacht liege für ihn keine Begünstigung, da der Bevollmächtigte durch sie nur "die subjektive Eignung zu rechtsgeschäftlichem Handeln" erlange, nicht aber einen Vorteil, der ihm selbst zugutekomme³²⁶. Die Rechte des Notars würden durch derartige Vollmachten nicht erweitert. Es liegt vielmehr "in Wahrheit nur eine Aufforderung zum Tätigwerden" vor³²⁷. § 7 BeurkG greife allerdings dann ein, wenn mit der Vollmachtserteilung im Innenverhältnis ein Auftrag oder ein Geschäftsbesorgungsverhältnis verbunden sei, das irgendeine Begünstigung materieller oder rechtlicher Art enthalte³²⁸.

Die Erteilung der Vollmacht ist ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft mit der spezifischen Rechtswirkung der Begründung einer Vertretungsmacht³²⁹. Kraft der Vollmacht hat der Bevollmächtigte die Rechtsmacht, durch rechtsgeschäftliches Handeln im Namen des Vertretenen (Vollmachtgebers) unmittelbar für und gegen diesen Rechtswirkungen herbeizuführen (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB)³³⁰. Diese Rechtsmacht ist als vom Parteiwillen erfaßte, den Kern des Rechtsgeschäfts bildende Rechtswirkung ("essentialia negotii") nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG eine unmittelbare, rechtsgeschäftliche Erweiterung der Rechte des Bevollmächtigten und damit ein beachtlicher Rechtsvorteil im Sinne dieser Vorschriften.

³²⁶ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O.

³²⁷ Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Höfer/Huhn, S. 240; Safferling, a.a.O.; LG Aschaffenburg, a.a.O.

³²⁸ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; Soergel/Harder, § 7 BeurkG, Rdnr. 3; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 8.

³²⁹ Münchener Kommentar-Thiele, § 167 BGB, Rdnr. 4.

³³⁰ Münchener Kommentar-Thiele, § 167 BGB, Rdnr. 1, § 164 BGB, Rdnr. 65.

Die Erweiterung der Rechtsstellung des Bevollmächtigten wird auch von Mecke und den weiteren Vertretern seiner Auffassung sowie von der zitierten Rechtsprechung nicht verkannt. Soweit gleichwohl die Beachtlichkeit dieser Rechtswirkung mit der Begründung verneint wird, die Rechtsstellung des Bevollmächtigten werde trotz dieser Erweiterung seiner Rechte "nicht verbessert", vermag dies nicht zu überzeugen. Eine Erweiterung seiner Rechte und damit eine rechtliche "Verbesserung" wird von den Vertretern dieser Auffassung ausdrücklich eingeräumt. Auf eine "Verbesserung" der wirtschaftlichen Lage und eine in der Regel mit der Vollmachtserteilung verbundene Belastung mit Pflichten gegenüber dem Vollmachtgeber kommt es nach der Ratio des § 7 BeurkG nicht an³³¹. Die weitere Begründung, der Notar erhalte keinen Vorteil, der ihm selbst zugutekomme, ist daher, was die rechtliche Vorteilhaftigkeit anbelangt, ebenfalls nicht haltbar. Die Vollmacht kann in fremdem Interesse erteilt werden. Sie muß es aber nicht³³². Sie kann nach dem Kausalgeschäft auch im Interesse des Bevollmächtigten, also eigennützig, erteilt werden, wie z. B. im Falle einer dem Käufer vom Verkäufer erteilten Vollmacht, das Grundstück an sich selbst aufzulassen oder bei einer treuhänderischen Vollmacht, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zugrundeliegt³³³. Kann die Vollmacht aber auch eigennützig erteilt werden, so versagt die Begründung³³⁴. Die Besorgnis der Befangenheit besteht mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Mißbrauchs und des Erwerbs vermögensrechtlicher Ansprüche bei der eigennützigen wie bei der fremdnützigen Vollmacht gleichermaßen. Aus eben diesen Gründen hat der Gesetzgeber auch die Ernennung zum Testamentsvollstrecker als Ausschlußgrund angesehen³³⁵. Der obi-

³³¹ so auch Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; vgl. ferner oben Fn. 6.

³³² so auch Jansen, a.a.O.; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 4.

³³³ Jansen, a.a.O.

³³⁴ so auch Schlegelberger, a.a.O.

³³⁵ vgl. Mot. V, S. 265/266.

gen Bewertung steht schließlich auch nicht die Abstraktheit der Vertretungsmacht entgegen. Abgesehen davon, daß unabhängig von etwaigen Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüchen allein die dem Bevollmächtigten eingeräumte Rechtsmacht als beachtlicher Rechtsvorteil anzusehen ist, wie das Beispiel Testamentsvollstrecker zeigt, stellt eine Berücksichtigung der im Kausalgeschäft getroffenen Vereinbarungen keine Durchbrechung dieses Grundsatzes dar. Das für das Kausalverhältnis maßgebende Rechtsgeschäft und die Bevollmächtigung werden nicht als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB aufgefaßt und behandelt. Auch die Verkehrsschutzinteressen des Geschäftsgegners und die Sicherheit des Bevollmächtigten vor einer Inanspruchnahme aus § 179 BGB sind nicht gefährdet. Es wird vielmehr dem anders gelagerten Schutzzweck des § 7 BeurkG entsprechend nur die ohnehin bei der gewillkürten Stellvertretung bestehende Mittel-Zweck-Beziehung, der innere Zusammenhang, zwischen Vollmacht und Grundverhältnis³³⁶ bewertet. Nur so können der Wille des Erklärenden wirksam geschützt und die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars gesichert werden. Es ist daher mit der h. M. davon auszugehen, daß der Notar grundsätzlich keine Vollmacht auf sich oder seine Angehörigen beurkunden darf.

Offen ist danach nur noch die Frage, ob aus den von der h. M. angeführten Gründen Ausnahmen von dieser Regel zuzulassen sind. Diese Frage ist indes zu verneinen. Die "subjektive Eignung zu rechtsgeschäftlichem Handeln" ist nur eine - zu dem ungenaue - Umschreibung der dem Bevollmächtigten eingeräumten Rechtsmacht, die auch die h. M. als Erweiterung der Rechte des Bevollmächtigten ansieht. Dieser Vorteil kommt - rechtlich - auch ihm, dem Bevollmächtigten, "selbst zugute". Dies folgt bereits daraus, daß es sich um eine Erweiterung seiner Rechte handelt. Zudem gibt es, worauf Jansen³³⁷ zurecht hinweist, auch die eigennützige Vollmacht.

³³⁶ vgl. dazu Münchener Kommentar-Thiele, § 164 BGB, Rdrrn. 89 und 93.

³³⁷ Jansen, a.a.O.

Soweit geltend gemacht wird, "in Wahrheit" liege "nur eine Aufforderung zum Tätigwerden vor", ist dies schon allein mit Rücksicht auf die in § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB enthaltene Legaldefinition unrichtig. Die Vollmacht ist danach eine durch (einseitiges) Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht und nicht eine "Aufforderung zum Tätigwerden". Diese kann der Erteilung der Vollmacht zwar nachfolgen, u. U. in ihr auch enthalten sein, ist aber nicht mit ihr identisch. Abgesehen davon ist die Argumentation der h. M. widersprüchlich. Die an den Notar gerichtete "Aufforderung zum Tätigwerden" betrifft, soweit sie sich nicht auf ohnehin vom Notar wahrzunehmende Aufgaben bezieht, die dann aber auch keiner Vollmacht bedürfen, Tätigkeiten, die an sich den Beteiligten selbst obliegen, und ist daher ihrer Rechtsnatur nach entweder als Auftrag anzusehen, der zumindest Aufwendungsersatzansprüche auslöst (vgl. § 670 BGB), oder, wenn - wie in der Regel - eine besondere Vergütung fällig wird (vgl. §§ 146, 146 KostO)³³⁸, als entgeltliche Geschäftsbesorgung. In beiden Fällen aber sollen auch nach der h. M. die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG ausgelöst werden. Die Widersprüchlichkeit dieser Argumentation der h. M. wird insbesondere deutlich am Beispiel der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1829 BGB. Nach h. M. kann nämlich der beurkundende Notar von beiden Parteien ermächtigt werden, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im Auftrag des gesetzlichen Vertreters dem anderen Teil zu erklären (§ 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB) und auch die Genehmigung in Vollmacht des anderen Teils entgegenzunehmen³³⁹. Hierbei handelt es sich jedoch um eine gemäß § 147 Abs. 1 KostO gebührenpflichtige Tätigkeit³⁴⁰ und damit entgeltliche Geschäftsbesorgung, die auch nach h. M. ausschließende Wirkung haben soll.

Dies bedeutet nicht, daß der beurkundende Notar stets gehindert wäre, als Bevollmächtigter für die Parteien des beurkun-

³³⁸ Korintenberg-Bengel, § 146 KostO, Rdnr. 15ff.

³³⁹ vgl. statt vieler Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Keidel/-Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 8; § 3 BeurkG, Rdnr. 53.

³⁴⁰ Korintenberg-Reimann, § 147 KostO, Rdnr. 38 m.w.N.

deten Rechtsgeschäfts tätig zu werden. Zum einen besteht die Möglichkeit, eine etwa erforderliche notarielle Vollmacht von einem anderen Notar beurkunden zu lassen. Zum anderen ist der Notar in bestimmten Fällen bereits kraft Gesetzes bevollmächtigt, für die Parteien Erklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen (vgl. insbesondere die in § 24 Abs. 3 BNotO aufgeführten Vorschriften), so daß es dort der Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht ohnehin nicht bedarf. Für die h. M. sprechen somit allenfalls Praktikabilitätsgesichtspunkte. Diese aber hat der Gesetzgeber zu Recht mit Rücksicht auf den Schutzzweck des § 7 BeurkG als nachrangig angesehen, wie die Entstehungsgeschichte im Zusammenhang mit der Aufnahme der Ernennung zum Testamentsvollstrecker als Ausschlußgrund zeigt³⁴¹.

Die Erteilung der Vollmacht (§ 167 BGB) ist somit wegen der mit dieser Rechtsstellung verbundenen Rechtsmacht, der Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

2. Die Ausstellung einer Quittung (§ 368 BGB)

Gemäß § 368 Satz 1 BGB hat der Gläubiger gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbescheinigung (Quittung) zu erteilen. Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form erteilt wird, so kann er die Erteilung in dieser Form verlangen (S. 2). Hauptanwendungsfall einer solchen Erteilung "in anderer Form" ist die durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunde nachzuweisende "löschungsfähige Quittung" für die Löschung und Umschreibung im Grundbuch (§ 29 GBO i.V.m. §§ 1144, 1167, 1192 BGB).

³⁴¹ vgl. oben S. 42f.

Nach Überwiegender Ansicht³⁴² kann der Notar mit Rücksicht auf § 7 BeurkG eine solche Quittung nicht für sich oder für einen seiner Angehörigen ausstellen, da die rechtliche Besserstellung vom abstrakten Standpunkt aus zu beurteilen sei und die Ausstellung einer Quittung von diesem Standpunkt aus eine Verstärkung der vorhandenen Rechtsstellung bedeute³⁴³. Jansen³⁴⁴ geht demgegenüber zutreffend davon aus, daß § 7 BeurkG auf die Ausstellung einer Quittung nicht anwendbar ist³⁴⁵. Der zweite Abschnitt des Beurkundungsgesetzes (§§ 6-35 BeurkG) enthält die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen, betrifft also die Beurkundung von privatrechtlichen Willensäußerungen, die auf die Erzielung eines rechtlichen Erfolges (Entstehung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses) gerichtet sind³⁴⁶. Dieser Wille ist bei der Ausstellung einer Quittung nicht vorhanden. Sie ist vielmehr das einseitige schriftliche Bekenntnis, die Beurkundung einer Tatsache, die der Ausstellende weiß, nämlich die Leistung empfangen zu haben³⁴⁷. Die Quittung ist damit Wissenserklärung und kein Rechtsgeschäft³⁴⁸. Auf die

³⁴² Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 9; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Höfer/Huhn, S. 240; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5.

³⁴³ Keidel/Kuntze/Winkler, Mecke u. Schlegelberger, jeweils a.a.O.

³⁴⁴ § 7 BeurkG, Rdnr. 3.

³⁴⁵ Anders ist die Rechtslage bei einer Löschungsbewilligung, deren Rechtswirkungen übereinstimmend als beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG angesehen werden (vgl. Keidel/-Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 9; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 4 a.E. u. Rdnr. 6; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5 u. 8; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7; Fuchs, ZBlFG 6 S. 489, 498/499.

³⁴⁶ Soergel-Harder, Vor § 6 BeurkG, Rdnr. 3; Brox, AT, Rdnr. 80.

³⁴⁷ Soergel-Zeiss, § 368 BGB, Rdnr. 3; Münchener Kommentar-Heinrichs, § 368 BGB, Rdnr. 2; Staudinger-Kaduk, 10./11. Auflage, § 368 BGB, Rdnr. 7.

³⁴⁸ ganz h. M., vgl. Larenz, SchuldR I, § 18, III; Esser/Schmidt, AT, § 17 VI 2.1; Münchener Kommentar-Heinrichs, § 328 BGB, a.a.O.; Soergel-Zeiss, § 368 BGB,

Beurkundung derartiger Wissenserklärungen ist § 7 BeurkG nicht anwendbar³⁴⁹. Sie gehört zu den "sonstigen Beurkundungen", die im dritten Abschnitt des Beurkundungsgesetzes behandelt werden (§§ 36-43 BeurkG)³⁵⁰.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch auf der Grundlage der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG. Die ordnungsgemäß erteilte und beurkundete Quittung begründet vollen Beweis der darin bezeugten Tatsachen (§ 418 ZPO). In dieser Beweisbedeutung erschöpfen sich ihre Wirkungen. Die Quittung ist somit reines Beweismittel³⁵¹. Diese Beweisbedeutung stellt keinen im Sinne des § 7 BeurkG beachtlichen Rechtsvorteil dar. § 418 ZPO entfaltet nämlich keine gezielte privatautonome Wertung im Hinblick auf ein Rechtsgeschäft. Die Vorschrift knüpft nicht direkt und unmittelbar an eine Willenserklärung, sondern an eine Wissenserklärung an und bewertet diese. Ihr fehlt damit der für die Anwendbarkeit des § 7 BeurkG erforderliche rechtsgeschäftliche Regelungsgehalt. Die sich aus § 418 ZPO ergebende "Verstärkung der Rechtsstellung" ist keine unmittelbare objektive, gesetzliche Rechtswirkung eines Rechtsgeschäfts³⁵², sondern lediglich tatsächliche Auswirkung einer Wissenserklärung.

³⁴⁹ so auch Jansen, a.a.O.

³⁵⁰ BT-Drs. V/3282, S. 36; Keidel/Kuntze/Winkler, Vorb. § 36 BeurkG, Rdnr. 2; Soergel-Harder, Vor § 6 BeurkG, Rdnr. 4; Mecke, DNotZ 1968, S. 548, 609.

³⁵¹ Münchener Kommentar-Heinrichs, a.a.O.; Soergel-Zeiss, a.a.O.

³⁵² vgl. Schlüter, S. 40/41 und oben S. 21.

3. Die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 BGB)

Im Gegensatz zur Quittung ist die Erbausschlagung eine einseitige, (amts-) empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang beim Nachlaßgericht wirksam wird (§§ 1945 Abs. 1, 130 Abs. 3 BGB)³³³. Die Erklärung ist zur Niederschrift des Nachlaßgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form abzugeben (§ 1945 BGB), wobei letztere Form durch die notarielle Beurkundung ersetzt wird (§ 129 Abs. 2 BGB). Wird die Ausschlagung zur Niederschrift des Nachlaßgerichts erklärt, wofür gemäß § 3 Nr. 1f RpflG der Rechtspfleger zuständig ist³³⁴, oder notariell beurkundet, gelten die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (§ 1945 Abs. 2 BGB, § 1 Abs. 2 BeurkG), insbesondere die §§ 6ff. BeurkG³³⁵, während die öffentliche Beglaubigung nach Maßgabe des § 40 BeurkG vorzunehmen ist³³⁶. Die Frage nach einem Eingreifen der §§ 7, 27 BeurkG stellt sich somit nur bei den ersten Erklärungsformen, und zwar dann, wenn der Rechtspfleger oder Notar bzw. einer ihrer Angehörigen an der Ausschlagung materiell beteiligt ist, sei es daß ihm die Erbschaft als Folge der Ausschlagung anfällt (vgl. § 1953 Abs. 2 BGB), sei es daß ihn als Miterbe der Erbteil des weggefallenen Erben anwächst oder sich sein Erbteil um denjenigen des weggefallenen Erben erhöht (vgl. §§ 1935, 2094 BGB).

§ 27 BeurkG ist in einem derartigen Falle nicht anwendbar³³⁷. Zwar kann die Ausschlagung auch in einem notariellen Testament oder in einem Erbvertrag wirksam erklärt werden, wenn die Erklärung nach dem erkennbaren Willen des Urhe-

³³³ Münchener Kommentar-Leipold, § 1945 BGB, Rdnr. 2; Staudinger-Otte/Marotzke, § 1945, Rdnr. 1; Palandt-Edenhofer, § 1945, Anm. 1.

³³⁴ Staudinger-Otte/Marotzke, § 1945 BGB, Rdnr. 17; Münchener Kommentar-Leipold, § 1945 BGB, Rdnr. 6.

³³⁵ Münchener Kommentar-Leipold, a.a.O.

³³⁶ Staudinger-Otte/Marotzke, § 1945 BGB, Rdnr. 17; Riedel/-Feil, § 27 BeurkG V 2.

³³⁷ so auch Riedel/Feil, § 27 BeurkG V 2.

bers zu dessen Lebzeiten dem Nachlaßgericht zugehen soll und diesem, u. U. auch erst nach dem Tod des Erklärenden (§ 130 Abs. 2 BGB), tatsächlich zugeht³⁵⁸. Durch ihre rein äußerliche Aufnahme in eine Verfügung von Todes wegen erhält die Ausschlagung jedoch nicht deren Rechtsnatur, sondern bleibt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung eines Lebenden an das Nachlaßgericht³⁵⁹.

Anders ist die Rechtslage in den vorstehend aufgeführten Fällen einer materiellen Beteiligung im Hinblick auf § 7 BeurkG zu beurteilen. Durch den Anfall der Erbschaft gemäß § 1153 Abs. 2 BGB, die Erhöhung oder die Anwachsung gemäß §§ 1935, 2304 BGB wird die Rechtsstellung des Betroffenen kraft Gesetzes erweitert. Das Gesetz knüpft diesen Rechtsvorteil direkt an die Ausschlagungserklärung und damit nicht an einen außerhalb des Tatbestands dieses einseitigen Rechtsgeschäfts liegenden Umstand, insbesondere nicht an ein weiteres Verhalten des Erklärenden oder des Begünstigten. Es handelt sich damit um unmittelbare objektive, gesetzliche Rechtswirkungen (Reflexwirkungen) des Rechtsgeschäfts, die im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlich sind.

Am Beispiel der Erbausschlagung zeigt sich einmal mehr, daß der hier vertretene Ansatz zur Abgrenzung beachtlicher von unbeachtlichen Rechtsvorteilen auch dem Schutzzweck des § 7 BeurkG gerecht wird. In den genannten Fällen besteht nämlich die Gefahr, daß der Rechtspfleger oder Notar den Erklärenden in seinem Entschluß bestärkt, die Erbschaft auszuschlagen, zumindest aber seiner Belehrungspflicht im Hinblick auf die mit der Ausschlagung verbundenen Rechtswirkungen nicht genügt. Die Urkundsperson befindet sich aufgrund ihres materiellen Interesses in einem Interessenkonflikt, der ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gefährdet. Diesen Interessenkonflikt und die daraus resultierende abstrakte Gefahr,

³⁵⁸ Münchener Kommentar-Leipold, § 1945 BGB, Rdnr. 7; Staudinger-Otte/Marotzke, § 1945 BGB, Rdnr. 12; KG OLGE 40, 105, 107.

³⁵⁹ Staudinger-Otte/Marotzke, a.a.O.

daß es unter dem Einfluß der Urkundsperson zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Beurkundung kommt, will § 7 BeurkG gerade vermeiden.

Die Erbausschlagung gemäß § 1945 BGB ist somit für diejenigen Urkundspersonen oder deren Angehörige rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, denen die Erbschaft in Folge der Ausschlagung anfällt oder deren Erbteil eine Erhöhung oder Anwachsung im Sinne der §§ 1935, 2094 BGB erfährt.

4. Zwischenergebnis:

Von den untersuchten empfangsbedürftigen Willenserklärungen sind die Erteilung der Vollmacht (§ 167 BGB) für den Bevollmächtigten wegen der damit verbundenen Rechtsmacht sowie etwaige Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche und die Erbausschlagung gemäß § 1945 BGB für diejenigen Urkundspersonen oder ihre Angehörigen rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, denen die Erbschaft in Folge der Ausschlagung anfällt oder deren Erbteil eine Erhöhung oder Anwachsung im Sinne der §§ 1935, 2094 BGB erfährt. Die Ausstellung einer Quittung (§ 368 BGB) ist demgegenüber unbedenklich. Die Quittung ist keine Willens- sondern eine Wissenserklärung, so daß § 7 BeurkG nicht anwendbar ist. Abgesehen davon erzeugt sie keine beachtlichen Rechtswirkungen. Ihre Beweiskraft folgt nicht aus einer Norm mit rechtsgeschäftlichem Regelungsgehalt, sondern ist lediglich tatsächliche Auswirkung einer Wissenserklärung.

II. Die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen

Zu den einseitigen Rechtsgeschäften gehören ferner die streng einseitigen, für deren Wirksamkeit es nicht darauf ankommt, ob ein anderer von ihnen Kenntnis erlangt (nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen). Sie werden mit ihrer Abgabe wirksam. Es genügt, daß der Erklärende seinen Willen, gegebenenfalls unter Einhaltung der maßgeblichen Formvorschrift, erkennbar macht. Eine typische und zugleich im Beurkundungsrecht besonders bedeutsame Fallgruppe nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen bilden die einseitigen Verfügungen von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung).

1. Die begünstigende Auflage (§§ 1940, 2192ff. BGB)

Dem Erblasser kann daran gelegen sein, einer bestimmten Person eine Leistung zukommen zu lassen, ohne ihr einen Anspruch auf die Leistung einräumen zu müssen. Als mögliche erbrechtliche Anordnung kommt in einem solchen Falle eine begünstigende Auflage gemäß §§ 1940, 2192ff. BGB in Betracht. Soll der beurkundende Notar oder einer seiner Angehörigen begünstigt werden, so könnte der Wirksamkeit der Beurkundung jedoch die ausschließende Wirkung der §§ 7, 27 BeurkG entgegenstehen. Dies wäre der Fall, wenn der durch eine Auflage Begünstigte als "Bedachter" im Sinne des § 27 BeurkG anzusehen ist oder in der Begünstigung ein rechtlicher Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG liegt.

"Bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG ist nach einhelliger Meinung der Erbe (Vollerbe, Miterbe, Ersatzerbe, Vorerbe, Nacherbe, Ersatznacherbe) und der Vermächtnisnehmer (Ersatz-, Nachvermächtnisnehmer)³⁶⁰. Unterschiedliche Auffas-

³⁶⁰ Reidel/Kuntze/Winkler, § 27 BeurkG, Rdnr. 7; Mecke, § 27 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 27 BeurkG, Rdnr. 5; Palandt-Edenhofer, § 27 BeurkG, Anm. 4; Ermann-Hense, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; RGRK-Kregel, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Jansen, § 27 BeurkG, Rdnr. 8; Staudinger-Firsching, § 27 BeurkG, Rdnr. 7; ders. § 7 BeurkG, Rdnr. 10; Dittmann-Reimann, § 27 BeurkG, Rdnr. 4; Soergel-Harder,

sungen bestehen indessen darüber, ob auch der durch eine Auflage Begünstigte "bedacht" im Sinne dieser Vorschrift ist. Nach h. M. ist dies nicht der Fall³⁶¹. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Auflage verschaffe dem durch sie Begünstigten keinen selbständigen Anspruch gegen den Beschwerten. Die Auflage sei keine persönliche Zuwendung, sondern das Auferlegen einer Verpflichtung, der keine subjektive Berechtigung gegenüberstehe³⁶². Dieser Auffassung wird teilweise unter Hinweis darauf widersprochen, daß die Leistung an den Begünstigten erzwungen werden könne, z. B. von einem der in § 2194 BGB genannten Vollziehungsberechtigten, mit dem der Begünstigte gemeinsame Sache mache³⁶³. Nach a. A. sollen dem Sinn der Vorschrift entsprechend, auch die durch eine Auflage Begünstigten als "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG anzusehen sein, weil die Abgrenzung von Vermächtnis und Auflage tatsächlich oft zweifelhaft sei. Der tatsächliche Zweifel wiege jedoch schwerer als die abstrakte Klarheit der Rechtskonstruktion. Auch das Abgrenzungskriterium der "unmittelbaren" Begünstigung kläre hier praktisch wenig³⁶⁴.

Der h. M. ist zu folgen. Die Tatsache, daß die Erfüllung der Auflage von jemandem erzwungen werden kann, mit dem der

§ 27 BeurkG, Rdnr. 3 unter Hinweis auf Soergel-Müller, 10. Auflage, § 2235 BGB a.F., Rdnr. 2; Lange-Kuchinke, § 18 II, 4c, S. 244; Münchener Kommentar-Burkart, § 2235 BGB a.F., Rdnr. 2; Vogels-Seybold, § 8 TestG, Rdnr. 2; Leopold, § 8 TestG, S. 22; Kretzschmar, § 17 IV, 2c, S. 78.

³⁶¹ Keidel/Kuntze/Winkler, Mecke, Palandt-Edenhofer, Erman-Hense, RGRK-Kregel, Jansen, Staudinger-Firsching, Soergel-Harder, Münchener Kommentar-Burkart, Vogels-Seybold, Leopold und Kretzschmar, jeweils a.a.O.; Dittmann-Reimann, § 27 BeurkG, Rdnr. 5; Schlüter, Erbrecht, § 17, II, 2, S. 105.

³⁶² Keidel/Kuntze/Winkler, Mecke, Dittmann-Reimann, Soergel-Harder, Münchener Kommentar-Burkart, Vogels-Seybold und Leopold, jeweils a.a.O.

³⁶³ Lange-Kuchinke, § 18, II, 4c, S. 244.

³⁶⁴ Huhn/v. Schuckmann, § 27 BeurkG, Rdnr. 5; Höfer/Huhn, S. 242.

Begünstigte zusammenwirkt, rechtfertigt schon allein deshalb nicht, den Begünstigten als "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG anzusehen, weil es nur auf dessen etwaige rechtliche Besserstellung, nicht aber diejenige eines Dritten ankommt. Vom Vollziehungsrecht eines Dritten kann auch nicht auf das Vorhandensein einer im Rahmen der §§ 7, 27 BeurkG beachtlichen rechtlichen Besserstellung des Begünstigten geschlossen werden. Die Argumentation Kuchinkes erscheint darüber hinaus auch deshalb bedenklich, weil der zweite Schritt vor dem ersten getan wird. Zunächst ist nämlich die Frage zu beantworten, welcher Art der "rechtliche Vorteil" sein muß, bzw. was unter "bedacht" zu verstehen ist, damit die Rechtsfolgen der §§ 7, 27 BeurkG ausgelöst werden können. Danach kann eine Subsumtion erfolgen und erst dann könnte der Frage nach Durchsetzbarkeit der Rechtsposition nachgegangen werden. Letzteres erübrigt sich allerdings nach dem Schutzzweck der Norm, weil es im Rahmen der §§ 7, 27 BeurkG ohnehin nur auf eine abstrakte Verbesserung der Rechtsposition, nicht aber auf deren tatsächliche Realisierung, geschweige denn auf deren Durchsetzbarkeit ankommt. Dem steht die Möglichkeit kollusiven Verhaltens nicht entgegen. Abgesehen davon, daß eine solche Möglichkeit bei jeder Beurkundung besteht, folglich bei Zutreffen der Gegenansicht jede Beurkundung unwirksam sein müßte, widerspricht sie auch deshalb der Ratio des § 7 BeurkG, weil sich ein solches Verhalten, wenn überhaupt, erst im Nachhinein feststellen ließe. Der Schutzzweck der Norm erfordert es aber, daß ein Kundiger die Wirksamkeit der Beurkundung im Zeitpunkt des Errichtungsakts überprüfen kann. Die Erzwingbarkeit der Leistung scheidet somit als Argument gegen die Auffassung der h. M. aus.

Fraglich ist, ob "die Abgrenzung von Vermächtnis und Auflage tatsächlich oft zweifelhaft" ist. Letztlich kann dies allerdings dahinstehen. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, würde es der Argumentation Huhn/v. Schuckmanns nicht zum Erfolg verhelfen. Zum einen rechtfertigt die Schwierigkeit der Abgrenzung nicht den Verzicht auf dieselbe. Zum anderen gilt im Beurkundungsrecht nicht der Grundsatz "im Zweifel unwirksam", sondern, vorausgesetzt eine solche Maxime ließe

sich überhaupt aufstellen, "im Zweifel wirksam". Das Beurkundungswesen soll als Teil der vorsorgenden Rechtspflege dem Bürger bei der Ausgestaltung von Rechtsbeziehungen und der Verwirklichung von Rechten helfen. Es würde daher dem Interesse des Bürgers, der auf die Beachtung der Verfahrensregeln meist keinen Einfluß hat, und damit dem Schutzzweck der Norm widersprechen, den Kreis der Vorschriften, die Unwirksamkeit des Beurkundungsaktes und u. U. sogar die Nichtigkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts zur Folge haben, weitzuziehen oder auch nur ihre Anwendbarkeit auszuweiten³⁶³. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wiegen somit nach dem Schutzzweck der Norm sehr wohl schwerer als der tatsächliche Zweifel. Im Spannungsfeld zwischen Sicherung des Vertrauens in die Unabhängigkeit des Notars sowie des Ansehen des Notarstandes einerseits und der Verwirklichung der Privatautonomie andererseits gebührt letzterem Interesse der Vorrang³⁶⁴. Auch etwaige Abgrenzungsschwierigkeiten vermögen somit der Gegenmeinung nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Die Definition des Tatbestandsmerkmals "bedacht" und die sich daran anschließende Subsumtion führt vielmehr zu einer Bestätigung der herrschenden Meinung. "Bedacht" im Sinne des § 2235 BGB a.F. und damit auch im Sinne des an seine Stelle getretenen § 27 BeurkG ist nur derjenige, dem eine Zuwendung gewährt wird. Dies ergibt sich aus dem Gebrauch bzw. Nichtgebrauch dieses Wortes in §§ 2066, 2070, 2072, 2193, 2195, 2289 BGB³⁶⁷. Eine Zuwendung wiederum liegt nur dann vor, wenn derjenige, dem etwas zugewendet wird, einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete erhält³⁶⁸. Eine

³⁶³ BT-Drs. V, 3282, S. 23/24, 29.

³⁶⁴ vgl. oben S. 55.

³⁶⁷ Planck-Flad, Vorbem. 2 zu §§ 2064ff. BGB a.F., S. 228.

³⁶⁸ Mot. V, S. 9/10; Prot. V, S. 31. Vgl. dazu Soergel-Harder, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Soergel-Müller, 10. Auflage, § 2235 a.F., Rdnr. 2; RGRK-Kregel, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Erman-Hense, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Fischer, JW 1924, S. 923, 924 (r. Sp.); KGJ 51, 91, 93.

solche Zuwendung stellt die Auflage im Gegensatz zur Erbeinsetzung und zum Vermächtnis nicht dar. Sie ist nämlich eine Verfügung von Todes wegen, durch die jemandem die Verpflichtung auferlegt wird, eine Leistung für einen bestimmten Zweck zu erbringen, ohne daß ein anderer das Recht haben soll, diese Leistung für sich im eigenen Interesse zu verlangen (vgl. § 1940 BGB). Der Erblasser will mit seiner Anordnung erreichen, daß bestimmte, ihm wichtige Zwecke erreicht oder gefördert werden; er will dabei aber keiner bestimmten Person ein Recht auf eine Zuwendung einräumen³⁶⁹. Der durch eine erbrechtliche Auflage Begünstigte ist somit nicht "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG.

Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Beurkundung einer den beurkundenden Notar oder einen seiner Angehörigen begünstigenden Auflage auch im Hinblick auf § 7 BeurkG unbedenklich wäre. Denn "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG ist nicht gleichbedeutend mit rechtlich vorteilhaft³⁷⁰. Während die Bedenkung die Einräumung eines selbständigen Anspruchs auf das zugewendete voraussetzt, reicht für die Annahme eines im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlichen rechtlichen Vorteils bereits jede rechtliche Besserstellung aus, die willensbestimmte oder willensunabhängig unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Rechtswirkung ist. Die Bedenkung ist somit zwar stets auch rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG; nicht jeder durch eine letztwillige Verfügung verschaffte und im Rahmen des § 7 BeurkG beachtliche rechtliche Vorteil macht jedoch den Begünstigten zum Bedachten im Sinne des § 27 BeurkG. Da diese Vorschrift im Gegensatz zu § 2235 BGB a.F. auch keine Sonderregelung für die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen enthält, sondern lediglich klarstellt, daß die dort erwähnten Verfügungen von Todes wegen in jedem Falle für den beurkundenden Notar

³⁶⁹ Dernburg, Erbrecht, S. 240; Ripp-Coing, S. 370; Schlüter, Erbrecht, § 44 I, S. 370; Palandt-Edenhofer, § 1940 BGB, Anm. 1; ders. Einf. v. § 2192 BGB, Anm. 1 u. § 2192 BGB, Anm. 1.

³⁷⁰ so auch Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; a. A. Staudinger-Firsching, § 27 BeurkG, Rdnr. 7; ders. § 7, Rdnr. 9ff.

rechtlich vorteilhaft sind³⁷¹, ist die Rechtsstellung des durch eine erbrechtliche Auflage Begünstigten nicht nur anhand des § 27 BeurkG, sondern auch im Rahmen des § 7 BeurkG auf ihre Beachtlichkeit hin zu prüfen.

Nach dem ausdrücklichen Willen des Erblassers soll der durch eine Auflage Begünstigte keinen Anspruch auf die Leistung erhalten. Willensbestimmte Rechtswirkung des einseitigen Rechtsgeschäfts Auflage ist also gerade das Fehlen eines Forderungsrechts auf seiten des Begünstigten ("essentialia negotii"). Der Begünstigte hat nicht nur keinen Leistungsanspruch gegen den Beschwerten, sondern kann auch vom Vollziehungsberechtigten nicht verlangen, daß dieser von seinem Vollziehungsrecht Gebrauch macht. Es besteht nicht einmal eine Verpflichtung zum Verlangen auf Vollziehung, so daß sowohl bei Nichterfüllung der Auflage als auch bei Nichtausübung des Vollziehungsrechts der Eintritt eines Schadens begrifflich ausgeschlossen ist³⁷². Dem Begünstigten steht auch keine "schuldrechtliche Anwartschaft" zu, da eine Anwartschaft eine Vorstufe zum Vollrecht darstellt, ein solches Vollrecht dem Begünstigten aber gerade nicht erwächst³⁷³. Eine willensunabhängig unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Verbesserung der Rechtsstellung des Begünstigten läßt sich somit ebenfalls nicht feststellen. Die "Rechtsposition" des Begünstigten, die darin besteht, daß die Leistung des Beschwerten an ihn nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, ist im Rahmen des § 7 BeurkG unbeachtlich, da es sich bei ihr nur um eine (faktische) Reflexwirkung der dem Beschwerten auferlegten Verpflichtung handelt. Es fehlt an einem vertraglichen Verhältnis des durch eine Auflage Begünstigten zum

³⁷¹ vgl. oben Fn. 159.

³⁷² Münchener Kommentar-Skibbe, § 2194 BGB, Rdnr. 9; Palandt-Edenhofer, § 2194 BGB, Anm. 2.

³⁷³ Staudinger-Otte, § 2192, Rdnr. 12; Münchener Kommentar-Skibbe, § 2192 BGB, Rdnr. 10; a.A. Lange-Kuchinke, § 28 III, 2, S. 387, der dem Begünstigten "in unserer anwartschaftsfreundlichen Zeit" auch ein Anwartschaftsrecht zugestehen will, daß übertragbar, verpfändbar und daher auch pfändbar sein soll.

Erblasser ebenso wie zum Vollziehungsberechtigten. Für den Begünstigten wird daher kein privatautonomer, sondern nur ein erbrechtlicher Erwerbsgrund geschaffen³⁷⁴. Eine etwaige aus der Erfüllung der Auflage resultierende rechtliche Besserstellung des Begünstigten ist als Folge eines außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegendes Verhalten ebenfalls keine unmittelbare Rechtswirkung des einseitigen Rechtsgeschäfts Auflage, sondern je nach Art der Leistung mittelbare Rechtswirkung oder aber nur tatsächliche Auswirkung des Rechtsgeschäfts³⁷⁵.

Anders könnte die Rechtsstellung des Begünstigten allerdings dann zu bewerten sein, wenn er zugleich Vollziehungsberechtigter gemäß § 2194 BGB ist. Richtiger Ansicht nach entfällt jedoch in diesem Fall das Klagerecht, da sonst dem Begünstigten entgegen § 1940 BGB auf einem Umweg ein durchsetzbarer Anspruch verschafft würde³⁷⁶. Die Gegenmeinung³⁷⁷ überzeugt nicht. Zum einen ist - zumal ohne nähere Begründung - nicht ersichtlich, inwieweit es zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen soll, wenn durch eine Auflage ein größerer Personenkreis begünstigt wird. Abgesehen davon vermögen Schwierigkeiten bei einer etwa erforderlichen Abgrenzung nicht den Verzicht auf dieselbe zu rechtfertigen. Zum anderen trifft es nicht zu, daß die Versagung der Vollziehungsbeziehung den Vollzug der Auflage unsicherer werden ließe. Nur Erben und Vermächtnisnehmer können mit einer Auflage beschwert werden, nicht aber der Auflagenbegünstigte³⁷⁸. Entfällt sein Vollziehungsrecht, so ist folglich stets noch ein

³⁷⁴ Staudinger-Otte, § 2192 BGB, Rdnr. 12; Münchener Kommentar-Skibbe, § 2192 BGB, Rdnr. 10; Kohler, DNotZ 1962, S. 125, 127.

³⁷⁵ so auch Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 10; Dittmann-Reimann, § 27 BeurkG, Rdnr. 5.

³⁷⁶ RGRK-Johannsen, § 2194 BGB, Rdnr. 4 unter Hinweis auf die unveröffentlichte Entscheidung des BGH IV ZR 220/51 vom 08.05.1952; Soergel-Dieckmann, § 2194 BGB, Rdnr. 7.

³⁷⁷ Staudinger-Otte, § 2194, Rdnr. 8; Münchener Kommentar-Skibbe, § 2194 BGB, Rdnr. 3.

³⁷⁸ Münchener-Kommentar-Skibbe, § 2192 BGB, Rdnr. 9.

weiterer Vollziehungsberechtigter vorhanden. Die Rechtslage ist identisch mit derjenigen, die im Normalfall bei einer Auflage besteht, wenn also der Begünstigte nicht zufällig auch Vollziehungsberechtigter ist. Wenn die hier vertretene Auffassung "dem Fehlen der Anspruchsberechtigung des Begünstigten größeres Gewicht beimißt als der Verpflichtung des Beschwerten und damit das Unterscheidungsmerkmal zwischen Auflage und Vermächtnis für wichtiger als die vom Erblasser gewollte Vollziehung der Auflage hält", so geschieht dies nicht "in begriffsjuristischer Weise"³⁷⁹, sondern mit Rücksicht auf den letzten Willen des Erblasser. Dieser hat nämlich selbst durch die Wahl der Auflage zum Ausdruck gebracht, daß für ihn nicht die Vollziehung der Auflage im Vordergrund steht. Er will zwar einen bestimmten ihm wichtigen Zweck erreichen oder fördern. Nach seinem erklärten Willen soll dabei aber keiner bestimmten Person ein Recht auf die Leistung eingeräumt werden. Es würde somit dem erklärten letzten Willen des Erblassers widersprechen, würde man dem Auflagebegünstigten auf dem Umweg über § 2194 BGB ein Recht zubilligen, das ihm gerade nicht zustehen soll. Entsprechendes gilt für den Bereicherungsanspruch des Auflagenbegünstigten gemäß § 2196 BGB, wenn ihm der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustattenkommen würde. Auch in diesem Falle würde aus den vorstehend dargelegten Gründen seine Anspruchsberechtigung entfallen³⁸⁰. Allerdings kommt es hier auf die Streitfrage nicht an. Der Bereicherungsanspruch gemäß § 2196 BGB ist nämlich Folge eines weiteren außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegenden schuldhaften Verhaltens des Beschwerten und damit nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG keine unmittelbare objektive, gesetzliche Rechtswirkung des Rechtsgeschäfts.

Der durch eine Auflage Begünstigte ist somit weder als "be-

³⁷⁹ so aber Staudinger-Otte, a.a.O.

³⁸⁰ vgl. dazu RGRK-Johannsen, § 2196 BGB, Rdnr. 3 und Soergel-Dieckmann, § 2196 BGB, Rdnr. 3 einerseits sowie Staudinger-Otte, § 2196 BGB, Rdnr. 3 und Münchener Kommentar-Skibbe, § 2196 BGB, Rdnr. 4 andererseits.

dacht" i.S.d. § 27 BeurkG anzusehen, noch liegt in der Begünstigung ein "rechtlicher Vorteil" i.S.d. § 7 BeurkG.

2. Die Ernennung zum Schiedsrichter

Vielfach ist dem Erblasser besonders daran gelegen, etwaige erbrechtliche Streitigkeiten, wenn er sie schon nicht verhindern kann, zumindest nicht nach außen dringen und den Familienfrieden nicht durch u. U. langwierige Prozesse stören zu lassen. Eine Möglichkeit, die Erreichung dieses Ziels zu erleichtern, stellt die Ernennung eines Schiedsrichters oder eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung dar, da das Schiedsverfahren weitestgehend³⁸¹ von den Normen des Prozeß- und materiellen Rechts befreit werden kann und dann nur noch an die guten Sitten und die öffentliche Ordnung gebunden ist^{382/383}.

§ 27 BeurkG steht der Ernennung des beurkundenden Notars zum Schiedsrichter nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Gesetzesmaterialien³⁸⁴ den Testamentsvollstrecker ohne besondere Zuwendung nicht als "bedacht" i.S.d. Vorschrift angegeben und dies durch die besondere, nicht

³⁸¹ zu den Schranken der Zulässigkeit schiedsgerichtlicher Entscheidungen vgl. Kipp/Coing, § 78 III, 2, S. 437; Schütze/Tscherning/Wais, Rdnr. 169; Schwab, S. 248f.; Koler, DNotZ 1962, S. 125, 128f.; Henn, § 17, S. 79f.; Staudinger-Otte, Vorbem. zu §§ 1937-1941 BGB, Rdnr. 6ff.; RGRK-Kregel, § 1936 BGB, Rdnr. 6.

³⁸² Kohler, a.a.O.

³⁸³ Grundlage dieser Befugnis ist eine Rechtsüberlieferung, die bereits zur Zeit des gemeinen Rechts bestand und durch die ZPO (§ 1048) auch für die geltende Rechtsordnung anerkannt worden ist (vgl. dazu Kipp-Coing, § 78 I, S. 436). Einer Einordnung in eine der in den §§ 1937ff. genannten letztwilligen Anordnungen bedarf es nicht, da es sich dabei nicht um eine abschließende Regelung handelt, der Erblasser vielmehr zu allen Anordnungen befugt ist, die ihm nicht ausdrücklich durch Gesetz untersagt sind (Kipp-Coing, a.a.O.; Schwab, S. 248; Kohler, a.a.O., S. 125, 126; Schütze/Tscherning/Wais, a.a.O.; Henn, S. 79; RGZ 100, 76, 77; 170, 380, 383).

³⁸⁴ Mot. V. S. 265/266; Lange, 1. Denkschrift, S. 67/68, amtliche Begründung zum TestG, DJ 1938, S. 1254, 1255.

beispielhafte ("oder") Erwähnung des Testamentsvollstreckers in § 2235 BGB a.F., der in § 27 BeurkG aufgegangen ist, zum Ausdruck gebracht. Ist der zum Testamentsvollstrecker Ernannte aber nicht als "bedacht" i.S.d. § 27 BeurkG anzusehen, so kann für das vergleichbare Amt des Schiedsrichters nichts anderes gelten.

Die Beurkundung einer solchen letztwilligen Verfügung ist indes gemäß § 7 BeurkG unwirksam. Zwar sah Fuchs³⁸⁵ in der Ernennung zum Schiedsrichter keine Verfügung "zugunsten" des Ernannten im Sinne des § 171 FGG a.F., da sie seiner Ansicht nach ihm weder zum Vorteil gereicht noch den Kreis seiner subjektiven Macht erweitert. Die h. M. heute hält die Ernennung zum Schiedsrichter demgegenüber zu Recht für rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG³⁸⁶. Der Erblasser ernennt durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung den Schiedsrichter oder das Schiedsgericht. Gleichzeitig regelt er dessen Zuständigkeit. Diese besteht in der Regel darin, alle Streitigkeiten über Ansprüche, die sich auf letztwillige Verfügung des Erblassers gründen, zu entscheiden. Dies kann von der Auslegung des Testaments in seiner Gesamtheit über die Prüfung der Gültigkeit einzelner Bestimmungen bis zur Beantwortung der Frage reichen, ob ein bestimmter Prätendent Erbe ist oder nicht³⁸⁷. Der Schiedsrichter ist aufgrund seiner Einsetzung, die für die Beteiligten die gleiche Wirkung hat wie ein Schiedsvertrag³⁸⁸, ermächtigt, alle zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlichen Maßnahmen zu treffen, wie z. B. die Beauftragung einer Schreibkraft, die Anmietung eines Verhandlungsraumes, die Ladung von Zeugen oder die Beauftragung von Sachverständi-

³⁸⁵ ZBlFG 6, S. 489, 505 unter Hinweis auf Weißler, RFGG, Anm. 1 und Werner, ZNotV 1901, S. 274.

³⁸⁶ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6; Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5, Palandt/Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Keidel, § 171 FGG a.F., Rdnr. 7

³⁸⁷ Kipp-Coing, § 78 III, 1, S. 436/437; Staudinger-Otte, Vorbem. z. §§ 1937-1941 BGB, Rdnr. 7.

³⁸⁸ Kipp-Coing, § 78 II, S. 436.

gen, sei es in eigenem Namen, sei es kraft der ihm mit der Einsetzung verliehenen bürgerlich-rechtlichen Vollmacht³⁸⁹. Diese mit der Ernennung zum Schiedsrichter verbundene Erweiterung seiner Rechte gehört als "essentialia negotii" zu den vom Willen des Erblassers ausdrücklich oder konkludent erfaßten Rechtsfolgen und stellt daher einen beachtlichen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG dar.

Der Schiedsrichter hat, sofern die Schiedsklausel nicht Unentgeltlichkeit vorsieht, Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit³⁹⁰. Unabhängig davon, ob der Erblasser den Vergütungsanspruch ausdrücklich geregelt hat oder ob er sich aus § 612 BGB ergibt³⁹¹, ist auch dieser rechtliche Vorteil im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlich. Im ersten Falle handelt es sich um subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen. Im letzten Falle folgt der rechtsgeschäftliche Regelungsgehalt der Norm schon allein aus ihrer dispositiven Natur.

Entsprechendes gilt für die Ansprüche des Schiedsrichters auf Aufwendungsersatz oder Vorschuß, die entweder in der Schiedsklausel selbst geregelt sind oder sich aus §§ 669, 670, 675 BGB ergeben³⁹². Zwar setzt der Aufwendungsersatzanspruch tatsächlich gemachte Aufwendungen voraus. Dies rechtfertigt jedoch nicht, ihn den mittelbaren Rechtswirkungen zuzuordnen. Denn dadurch wird der Anspruch nicht an einen tatsächlichen, weiteren, außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestands liegenden Umstand geknüpft. Der Aufwendungsersatzanspruch ist ebenso wie der Vorschußanspruch bereits unmittelbar durch die einseitige Willenserklärung des Erblassers angelegt worden. Die dadurch geschaffene abstrakte Gefahr einer Vorteilsverschaffung reicht nach dem

³⁸⁹ Schütze/Tscherning/Wais, RdNr. 226f.; BGHZ 42, 315.

³⁹⁰ Schütze/Tscherning/Wais, RdNr. 233; vgl. ausführlich dazu Schwytz, BB 1974, S. 673ff.

³⁹¹ vgl. Fn. 390

³⁹² Schütze/Tscherning/Wais, RdNr. 243f.

Schutzzweck der Norm aus, um die ausschließende Wirkung des § 7 BeurkG zu begründen.

Die Ernennung zum Schiedsrichter ist somit wegen der damit verbundenen Rechtsmacht, des Vergütungsanspruchs und der Möglichkeit, Vorschuß und Aufwendungsersatz verlangen zu können, rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

3. Die Benennung als Vormund oder Pfleger (§§ 1777 Abs. 3, 1917 Abs. 1 BGB)

Die mögliche Störung des Familienfriedens durch langwierige, in der Öffentlichkeit ausgetragene Erbstreitigkeiten ist nur einer von vielen Gesichtspunkten, denen es in erbrechtlichen Anordnungen Rechnung zu tragen gilt. Oftmals steht nicht die Regelung von Verfahrensfragen im Vordergrund des Interesses, sondern die Sorge um das Wohlergehen dem Erblasser nahestehender Personen oder den Erhalt des Vermögens. Der Erblasser will sicherstellen, daß bestimmten Personen auch nach seinem Tode die nötige Fürsorge zuteil und/oder das Vermögen ordnungsgemäß verwaltet wird. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn diese Personen ihm den auf sie zukommenden Aufgaben nicht gewachsen erscheinen, z. B. wegen ihres Alters oder wegen einer geistigen oder körperlichen Behinderung. Das Gesetz trägt einem solchen Interesse des Erblassers dadurch Rechnung, daß es ihm gestattet, durch letztwillige Verfügung³⁹³ einen Vormund oder Pfleger zu benennen (§§ 1777 Abs. 3, 1917 Abs. 1 BGB)³⁹⁴. Soll der

³⁹³ die Verfügung ist einseitig, auch wenn sie in einem gemeinsamen Testament oder in einem Erbvertrag erfolgt (§§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2, 2299 BGB), vgl. dazu Münchener Kommentar-Schwab, § 1777 BGB, Rdnr. 11.

³⁹⁴ die Bestellung eines Beistandes durch letztwillige Verfügung ist nicht mehr möglich. Das Institut der Beistandschaft, vom BGB ursprünglich vorgesehen für den Fall alleiniger elterlicher "Gewalt" der Mutter und gedacht als teils freiwillig beantragte, teils letztwillig vom Vater angeordnete und teils von Amts wegen verordnete Unterstützung angesichts präsumtiv mangelnder mütterlicher Lebenserfahrung und Geschäftsgewandheit, beruht nach Änderung der §§ 1685ff. BGB durch das GleichberG und

beurkundende Notar selbst oder einer seiner Angehörigen benannt werden, etwa weil er das besondere Vertrauen des Erblassers genießt und es an anderen geeigneten Personen fehlt, so stellt sich die Frage, ob der Notar eine solche letztwillige Verfügung mit Rücksicht auf die Ausschlußtatbestände der §§ 7, 27 BeurkG beurkunden darf.

Die Meinungen darüber sind geteilt. Nach h. M. ist die Benennung des beurkundenden Notars als Vormund oder Pfleger unbedenklich³⁹³. Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, der für ein solches Amt Benannte sei nicht "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG. Der Gesetzgeber habe die Benennung als Vormund oder Pfleger nicht als Zuwendung angesehen. Dies ergebe sich daraus, daß beide Ämter im Gegensatz zu demjenigen des Testamentsvollstreckers nicht im § 27 BeurkG aufge-

das NEhLG heute ausschließlich auf dem Prinzip der Freiwilligkeit (vgl. dazu Gernhuber, § 52 II, 1, 3; Münchener Kommentar-Hinz, § 1685 BGB, Rdnr. 1). Die Bestellung eines Beistands erfolgt danach nur noch auf Antrag desjenigen Elternteils, dem die elterliche Sorge, die Personensorge oder die Vermögenssorge allein zusteht (§ 1685 Abs. 1 BGB). Die Vorschriften und damit das Rechtsinstitut des Familienrates (§§ 1858-1881 BGB a.F.) sind durch das SorgeRG (Art. 1 Nr. 55) zum 01.01.1980 aufgehoben worden. Die Einsetzung eines Familienrates aufgrund letztwilliger Verfügung kommt daher ebenfalls nicht mehr in Betracht. Die - kontrovers diskutierte Frage, ob die Bestellung zum Beistand oder Familienrat beachtlich im Sinne der §§ 7, 27 BeurkG ist, stellt sich somit nicht mehr.

³⁹³ Keidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7 u. § 27 BeurkG, Rdnr. 8; Jansen, § 7 BeurkG, Rdnr. 6 u. § 27 BeurkG, Rdnr. 8; Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 11; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5, § 27 BeurkG, Rdnr. 6 (anders noch die Voraufgabe, vgl. Höfer/Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5), Palandt-Heinrichs, § 7 BeurkG, Anm. 2; Palandt-Edenhofer, § 27 BeurkG, Anm. 4; RGRK-Kregel, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Erman-Hense, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Vogels-Seybold, § 8 TestG, Rdnr. 4; Leonhard, § 2235 BGB a.F., Anm. 2; Kretzschmar, § 17 IV, 2c, S. 78 (Fn. 12); Planck-Flad, § 2235 BGB a.F., Anm. 2; Münchener Kommentar-Burkart, § 2235 BGB a.F., Rdnr. 2; Höfer/Huhn, § 41, 2, S. 242; Lange-Kuchinke, § 18 II, 4c, S. 245; Fischer, JW 1924, S. 923, 924.

führt seien³⁹⁶. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift komme nicht in Betracht. Der Benannte habe zwar ein Recht auf Bestellung, dürfe aber unter den Voraussetzungen des § 1778 BGB übergangen werden. Das Vormundschaftsgericht habe in jedem Falle zu prüfen, ob durch die Bestellung die Interessen des Mündels gefährdet würden. Die Rechts- und Interessenlage sei also ganz anders als beim Testamentsvollstrecker, der durch den Erblasser unmittelbar berufen werde³⁹⁷. Die Benennung verschaffe dem Notar auch nicht einen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG. Wie die besondere Erwähnung des Testamentsvollstreckers in § 27 BeurkG zeige, sehe das Gesetz die Berufung zu einem solchen Amt grundsätzlich nicht als Begünstigung an³⁹⁸. Die Benennung berühre die Rechtsstellung der betroffenen Personen selbst dann nicht unmittelbar, wenn Befreiungen nach §§ 1852-1856, 1917 Abs. 2 BGB angeordnet würden³⁹⁹. Reimann⁴⁰⁰ sieht den als Vormund oder Pfleger Benannten nicht als "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG an. Seiner Ansicht nach kann in der Benennung jedoch die Gewährung eines rechtlichen Vorteils gemäß § 7 BeurkG liegen. Nach einer dritten Meinung schließlich greift § 27 BeurkG (bzw. § 2235 BGB a.F.) ebenfalls nicht ein. Die Vertreter dieser Meinung gehen jedoch einen Schritt weiter und sehen die Voraussetzung des § 7 BeurkG (bzw. § 171 FGG a.F.) als gegeben an, weil von dieser Vorschrift jeder rechtliche Vorteil, auch ein solcher familienrechtlicher Art, erfaßt werde⁴⁰¹.

³⁹⁶ Reidel/Kuntze/Winkler, § 27 BeurkG, Rdnr. 8.

³⁹⁷ Huhn/v. Schuckmann, § 27 BeurkG, Rdnr. 6.

³⁹⁸ Reidel/Kuntze/Winkler, § 7 BeurkG, Rdnr. 7; Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5 (anders noch die Vorauflage, vgl. Höfer/Huhn/v. Schuckmann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5).

³⁹⁹ Huhn/v. Schuckmann, § 27 BeurkG, Rdnr. 6; Jansen, § 27 BeurkG, Rdnr. 8; Staudinger-Firsching, § 7 BeurkG, Rdnr. 11.

⁴⁰⁰ Dittmann-Reimann, § 27 BeurkG, Rdnr. 6.

⁴⁰¹ Mecke, § 27 BeurkG, Rdnr. 4 u. § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Soergel-Harder, § 27 BeurkG, Rdnr. 3; Soergel-Damrau, § 1779 BGB, Rdnr. 7 a.E. (anders noch die Vorauflage,

Der h. M. ist im Ergebnis darin zu folgen, daß § 27 BeurkG der Beurkundung nicht entgegensteht. Ist bereits der durch letztwillige Verfügung zum Testamentsvollstrecker Ernannte ohne besondere Zuwendung nicht "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG⁴⁰², so kann für das vergleichbare Amt des Vormunds oder Pflegers nichts anderes gelten⁴⁰³.

Nicht gefolgt werden kann der h. M. jedoch insoweit, als die letztwillige Benennung als Vormund oder Pfleger auch im Hinblick auf § 7 BeurkG für unbedenklich gehalten wird. Das Tatbestandsmerkmal "bedacht" ist nicht gleichbedeutend mit rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Wie bereits dargelegt⁴⁰⁴, ist die Bedenkung zwar stets rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Umgekehrt ist jedoch nicht jeder, dem durch letztwillige Verfügung ein rechtlicher Vorteil verschafft wird, "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG. Auch enthält diese Vorschrift im Gegensatz zu § 2235 BGB

, vgl. Soergel-Müller, 10. Auflage, § 2235 BGB a.F., Rdnr. 2; Keidel, § 171 FGG a.F.; Rdnr. 7; Höfer/Huhn, § 40, 4, S. 240; unter Berücksichtigung der durch das BeurkG erfolgten Neuregelung auch wohl jetzt das KG, das in seinem Beschluß vom 07.06.1918 die Benennung als Vormund als Verfügung "zugunsten" des Notars im Sinne des § 171 FGG a.F. angesehen, die Beurkundung jedoch mit der Begründung für unbedenklich gehalten hatte, daß § 2235 BGB a.F. eine Sonderregelung für Verfügungen von Todes wegen darstelle und der Benannte nicht als "bedacht" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sei, was sich aus der Nichterwähnung der Ernennung zum Testamentsvollstrecker einerseits und der notwendigen Gleichbehandlung der Ämter ergebe (vgl. KGJ 51, 91, 92ff.).

⁴⁰² vgl. oben S. 128.

⁴⁰³ Die Auffassung Winklers (Keidel/Kuntze/Winkler, § 27 BeurkG, Rdnr. 8), aus der Nichterwähnung des Vormunds und Pflegers in § 27 BeurkG ergebe sich, daß der Gesetzgeber die Übertragung dieser Ämter im Gegensatz zu demjenigen des Testamentsvollstreckers nicht als Zuwendung angesehen habe, erscheint danach unzutreffend. Der Gesetzgeber hat die Ernennung zum Testamentsvollstrecker gerade nicht als Zuwendung im engeren Sinne angesehen, sondern angenommen, sie stehe "praktisch einer Zuwendung gleich", wenn der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers nicht ausgeschlossen sei (vgl. Lange, 1. Denkschrift, S. 68).

⁴⁰⁴ vgl. oben S. 124.

a.F. keine Sonderregelung für Verfügungen von Todes wegen, sondern stellt lediglich klar, daß die dort erwähnten Verfügungen von Todes wegen in jedem Fall für den beurkundenden Notar rechtlich vorteilhaft sind⁴⁰³. Aus dem Nichteingreifen des § 27 BeurkG und insbesondere der Nichterwähnung vergleichbarer Ämter wie das des Vormunds oder Pflegers lassen sich daher keine Schlüsse auf das Eingreifen des § 7 BeurkG ziehen. Dies ist vielmehr selbständig zu prüfen und zu bejahen. Denn bereits die wirksame Berufung zum Vormund gewährt dem Berufenen ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Staat auf Bestellung zum Vormund sowie darauf, daß seiner Rechtsstellung als Vormund nicht durch die Bestellung eines Mitvormundes beeinträchtigt wird (§ 1778 Abs. 1 u. 4 BGB)⁴⁰⁴. Entsprechendes gilt für die Benennung als Pfleger im Falle des § 1917 BGB⁴⁰⁷. Diese objektive, gesetzliche Rechtswirkung knüpft direkt an die letztwillige Erklärung des Erblassers an und ist daher nach der hier vertretenen Auslegung des § 7 BeurkG beachtlich im Sinne dieser Vorschrift.

Der Vormund hat das Recht und die Pflicht für die Person und das Vermögen seines Mündels zu sorgen, insbesondere das Mündel zu vertreten (§ 1793 BGB). Die Tätigkeit des Vormunds umfaßt, von bestimmten gesetzlichen Ausnahmen abgesehen⁴⁰⁸, grundsätzlich die gesamte Sorge für die Person des Mündels sowie die gesamte Vermögensverwaltung mit der zu beiden Bereichen gehörenden gesetzlichen Vertretung⁴⁰⁹. Entsprechendes gilt für den Pfleger, der allerdings nur im Rahmen des ihm übertragenen Wirkungskreises gesetzlicher

⁴⁰³ vgl. oben S. 52.

⁴⁰⁴ Gernhuber, § 64 IV, 7; Dölle, § 120 III; Münchener Kommentar-D. Schwab, § 1778 BGB, Rdnr. 1.

⁴⁰⁷ Münchener Kommentar-Goerke, § 1917 BGB, Rdnr. 12.

⁴⁰⁸ vgl. dazu Dölle, § 124 III.

⁴⁰⁹ Dölle, § 124 I, Münchener Kommentar-D. Schwab, § 1793 BGB, Rdnr. 1.

Vertreter seines Pfleglings ist⁴¹⁰. Vormund und Pfleger haben Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen und können Vorschuß in Höhe der voraussichtlichen Aufwendungen verlangen (§§ 1836, 1915 BGB). Darüber hinaus haben sie die Möglichkeit, eine Vergütung für ihre Tätigkeit zu erhalten (§§ 1836, 1915 BGB)⁴¹¹. Auch diese dem Vormund und Pfleger eingeräumte Rechtsmacht stellt ebenso einen im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlichen Rechtsvorteil dar, wie die Ansprüche auf Vergütung, Aufwendungsersatz und Vorschuß. Insoweit gilt das zur Erteilung einer Vollmacht Ausgeführte entsprechend⁴¹², und zwar unabhängig davon, ob diese Rechtswirkungen vom letzten Willen des Erblassers erfaßt sind oder nicht. Im ersteren Falle handelt es sich nämlich um subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen, im letzteren Falle um unmittelbare, objektive, gesetzliche Rechtswirkungen der letztwilligen Verfügung, da sie direkt an den darin zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen anknüpfen, diesen ergänzen und so dem Interessenausgleich dienen. Zwar entsteht die Rechtsmacht des Vormunds oder Pflegers erst mit seiner Bestellung durch das Vormundschaftsgericht, kann der Vormund oder Pfleger in bestimmten in § 1778 BGB enumerativ aufgeführten Fällen übergangen (Abs. 1 u. 3) oder seine Position geschmälert werden (Abs. 4), entsteht der Vergütungsanspruch erst mit der Bewilligung durch das Vormundschaftsgericht (Konstitutivakt)⁴¹³ und setzt der Aufwendungsersatzanspruch tatsächliche Aufwendungen voraus. Dies steht jedoch der Anwendbarkeit des § 7 BeurkG nicht entgegen. Nach der Ratio der §§ 7, 27 BeurkG ist die rechtliche Vorteilhaftigkeit allein vom abstrakten Rechtsbegriff her zu beurteilen. Die tatsächliche Erlangung des Vorteils ist ebenso unerheblich wie etwa damit verbundene Verpflichtungen. Von diesem Stand-

⁴¹⁰ Dölle, § 139 I; Münchener Kommentar-Goerke, Vor § 1909-1914 BGB, Rdnr. 6; BGHZ 48, 147, 159.

⁴¹¹ vgl. dazu Gernhuber, § 65 VII, Dölle, § 129; Münchener-Kommentar-D. Schwab, § 1835 BGB, Rdnr. 1ff., § 1836, Rdnr. 1ff.; Münchener-Kommentar-Goerke, § 1915 BGB, Rdnr. 23f.

⁴¹² vgl. oben S. 110ff.

⁴¹³ Gernhuber, § 65 VII, 1.

punkt aus läßt sich eine Erweiterung der Rechte des Benannten nicht leugnen, geschweige denn eine für § 7 BeurkG, der eine reine Vorsichtsmaßregel darstellt, bereits ausreichende Gefahr der Begünstigung und des Mißbrauchs⁴¹⁴. Dies gilt für die Vormund und Pfleger gleichermaßen eingeräumte Rechtsmacht ebenso wie für die Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche, zumal zu den Aufwendungen in bestimmten Fällen auch der Zeit- und Büroaufwand gehört (vgl. § 1835 Abs. 2 BGB) der Aufwendungsersatzanspruch so praktisch zu einem Vergütungsanspruch werden kann und die Vergütung nach der den Ermessensspielraum des Vormundschaftsgerichts einengenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴¹⁵ in der Regel zu bewilligen ist, sofern sie nicht wegen der Vermögenslage des Mündels oder im Hinblick auf Umfang und Bedeutung der vormundschaftlichen Geschäfte unangemessen ist⁴¹⁶.

Dieser Bewertung steht auch nicht die vom Vormundschaftsgericht vorzunehmende Prüfung der Gefährdung des Kindeswohls (§ 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB) entgegen. Denn für die Übergehung des als Vormund oder Pfleger Benannten genügt wegen des anders gelagerten Normzwecks nicht die abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung. Vielmehr muß im Zeitpunkt der Beurteilung die konkrete Besorgnis begründet sein, daß die Bestellung das Kindeswohl jetzt oder in einem späteren Zeitpunkt gravierend beeinträchtigen wird⁴¹⁷. Dies kann naturgemäß nicht von der dem Vormund oder Pfleger zukommenden Rechtsmacht, nach der Ratio des § 1778 BGB aber auch nicht von ihren vermögensrechtlichen Ansprüchen angenommen werden, da andernfalls die Voraussetzungen dieses Übergehungstatbestandes stets vorlägen und das subjektiv öffentliche Recht des Benannten gegen den Staat auf Bestellung ausgehöhlt würde.

⁴¹⁴ Mot. V., S. 265/266.

⁴¹⁵ BVerfGE 54, 251ff.

⁴¹⁶ Münchener Kommentar-D. Schwab, § 1836 BGB, Rdnr. 2.

⁴¹⁷ Münchener Kommentar-D. Schwab, § 1778, Rdnr. 12.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß der als Vormund oder Pfleger letztwillig Benannte zwar nicht als "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG anzusehen ist. Die Benennung als Vormund oder Pfleger ist jedoch entgegen der h. M. wegen des ihnen eingeräumten subjektiv-öffentlichen Rechts auf Bestellung, der mit diesen Ämtern verbundenen nicht beschränkaren Rechtsmacht und der möglichen Ansprüche auf Vorschuß, Vergütung und Aufwendungsersatz rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG.

4. Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung (§§ 80, 83 BGB)

Will der Erblasser die kontinuierliche Fortführung seines Unternehmens auch nach seinem Tode sicherstellen oder bestimmte bereits zu Lebzeiten in die Tat umgesetzte oder nur entwickelte soziale, kulturelle, humanitäre oder caritative Zielvorstellungen fortdauernd und unabhängig von Manipulationen oder Interventionen von Kapitalgebern, Interessenten oder Personen mit Mitgliedschaftsrechten mit Hilfe eines bestimmten Vermögens, das diesem Zweck dauernd gewidmet ist, fortsetzen oder realisieren, so besteht die Möglichkeit, durch Testament oder Erbvertrag eine Stiftung zu errichten (§§ 80, 83 BGB). Soll dies in notarieller Form geschehen und der beurkundende Notar, der mit Rücksicht auf seine besondere Vertrauensstellung als Organ der vorsorgenden Rechtspflege und Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), der mit sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist, für ein solches Amt prädestiniert erscheint, als Vorstandsmitglied berufen werden, so kann sich die Frage nach dem Eingreifen der §§ 7, 27 BeurkG in mehrfacher Hinsicht stellen, wie folgender Beispielsfall zeigt:

Der Erblasser E bestellte durch öffentliches Testament den beurkundenden Notar N zum Mitglied des Vorstandes einer noch zu errichtenden Stiftung. Letzteres geschah geraume Zeit später in einem weiteren öffentlichen, ebenfalls von N beurkundeten Testament, in dem auch der Zweck der Stiftung festgelegt, die übrigen Vorstandsmitglieder unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung der ersten letztwilligen Verfügung bestellt und die Stiftung als Alleinerbin eingesetzt wurde.

Bezüglich des ersten Testaments erübrigt sich die Prüfung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Berufung zum Vorstandsmitglied nicht etwa, weil die Stiftung zum Zeitpunkt seiner Errichtung noch nicht existierte, sondern lediglich geplant war. Denn das Stiftungsgeschäft kann in mehreren Teilakten

vorgenommen und die Berufung zum Vorstandsmitglied auch antizipiert erfolgen.

Der notwendige Inhalt eines Stiftungsgeschäfts muß nicht in einer, sondern kann auch in mehreren nacheinander errichteten Urkunden enthalten sein⁴¹⁸. Die Berufung zum Vorstandsmitglied muß also nicht etwa erst nach Errichtung der Stiftung in einem in der Stiftungsverfassung geregelten Verfahren erfolgen, sondern kann vom Stifter als auch Teil eines mehraktigen Stiftungsgeschäfts vorgenommen werden, sofern der jeweilige Teilakt mit den späteren Teilakten, wie z. B. der Festlegung des Stiftungszwecks und der Vermögensverwaltung korrespondiert und keine Zweifel daran bestehen, daß die einzelnen Teile satzungsgemäße Bindungen entfalten sollen.

Die Berufung zum Vorstandsmitglied ist Teil des Organisationsaktes Stiftungsgeschäft⁴¹⁹, bei dem es sich, wenn es in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist, um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt⁴²⁰, durch die das Anstellungsverhältnis zwischen Stiftung und Vorstandsmitglied⁴²¹ sowie dessen Befugnisse zur Verwaltung und Vertretung der Stiftung begründet werden. Zwar ist umstritten, ob das Stiftungsgeschäft bedingungsfeindlich ist⁴²² oder nicht⁴²³. Vorliegend kann diese Streitfrage jedoch dahinstehen. Die Wirksamkeit der Berufung zum Vorstandsmitglied setzt nämlich von Natur aus die Errichtung der Stiftung, dessen Vorstand der Berufene angehören soll, voraus.

⁴¹⁸ Soergel-Siebert, § 80, Rdnr. 2; RGZ 158, 185, 188.

⁴¹⁹ Münchener Kommentar-Reuter, § 80 BGB, Rdnr. 4.

⁴²⁰ Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 3; Soergel-Siebert, § 80 BGB, Rdnr. 2; RGRK-Steffen, § 80 BGB, Rdnr. 1.

⁴²¹ Ebersbach, S. 101f.

⁴²² Ebersbach, S. 46; Strickrodt, S. 20.

⁴²³ Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 2; BGH WM 1978, 345, 347.

Die Errichtung der Stiftung ist daher nicht Bedingung im Sinne des § 158 BGB, sondern sogenannte Rechtsbedingung (*condicio iuris*)⁴²⁴. Inhalt einer solchen - ausdrücklichen oder konkludenten - Rechtsbedingung kann jede Wirksamkeitsvoraussetzung⁴²⁵, also auch das Entstehen des Rechtssubjekts sein, zu dessen Organ oder Wohl der in der Willenserklärung Benannte berufen werden soll. So können z. B. einer noch nicht errichteten juristischen Person unter der Bedingung ihres späteren Entstehens bereits verbindliche Rechte zugewendet werden⁴²⁶. Ebenso ist es Eltern möglich, durch letztwillige Verfügung für ihr noch nicht gezeugtes Kind einen Vormund zu benennen (§ 1777 Abs. 2 BGB)⁴²⁷. Auch die Berufung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung kann demgemäß von der späteren Errichtung der Stiftung abhängig gemacht werden.

N ist durch das erste Testament nicht im Sinne des § 27 BeurkG "bedacht" worden, da ihm durch die antizipierte Berufung zum Vorstandsmitglied der Stiftung kein selbständiger Anspruch auf einen Vermögensvorteil⁴²⁸ eingeräumt wurde. Der so Berufene hat bis zur Errichtung der Stiftung keinerlei Rechte, da die zu verwaltende und zu vertretende juristische Person noch gar nicht existiert. Seine Stellung ist auch nicht mit derjenigen eines Bedachten (Erbe oder Vermächtnisnehmer) oder eines Testamentsvollstreckers vergleichbar, so daß auch eine analoge Anwendung des § 27 BeurkG nicht in Betracht kommt. Zwar sind auch die Erbeinsetzung, die Aussetzung eines Vermächtnisses oder die Ernennung zum Testamentsvollstrecker ebenso wie die Berufung zum Vorstandsmit-

⁴²⁴ vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, § 194 II, 2; Münchener Kommentar-H. P. Westermann, § 158 BGB, Rdnr. 54.

⁴²⁵ Münchener Kommentar-H. P. Westermann, a.a.O.

⁴²⁶ BGH NJW 1952, S. 1330, 1331; OLG Colmar, OLGZ 6 486, 487.

⁴²⁷ Münchener Kommentar-D. Schwab, § 1777 BGB, Rdnr. 9; Staudinger-Engler, 10./11. Auflage, § 1777 BGB, Rdnr. 11; BayOLGZ 28, 270, 271.

⁴²⁸ vgl. oben S. 123.

glied einer Stiftung durch letztwillige Verfügung frei widerrufbar⁴²⁹. Im Gegensatz zu Erbeinsetzung, Vermächtnis und Ernennung zum Testamentsvollstrecker, bei denen der Rechts-erwerb nur noch den Tod des Erblassers voraussetzt, bedarf es bei der antizipierten Berufung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung jedoch noch weiterer rechtsgeschäftlicher Handlungen des Stifters. Insbesondere muß die Stiftung selbst, dessen Vorstand der antizipiert Berufene angehören soll, erst noch errichtet werden.

Aus diesem Grunde fehlt es auch an einem rechtlichen Vorteil im Sinne des § 7 BeurkG. Zwar entfaltet die antizipierte Bestellung zum Vorstandsmitglied einer noch zu errichtenden Stiftung schon insofern Rechtswirkungen, als das zukünftige Vorstandsmitglied ohne weitere Bestellsakte automatisch in diese Stellung einrückt. Solange die Stiftung nicht errichtet war, existierte jedoch kein Stiftungsvorstand, dem N hätte angehören können. Obwohl er antizipiert wirksam zum Vorstandsmitglied berufen war, konnte er, solange die Stiftung ihre Rechtsfähigkeit nicht erlangt hatte, sie weder vertreten noch ein Stiftungsvermögen verwalten, noch konnten ihm wegen dieser Tätigkeiten Aufwendungsersatz- oder Vergütungsansprüche erwachsen. Wäre E verstorben, ohne die Stiftung errichtet zu haben, so wäre die Berufung des N als Vorstandsmitglied rechtlich gegenstandslos gewesen. Eine Erweiterung der Rechte des N als unmittelbare Rechtswirkung allein der antizipierten Berufung zum Vorstandsmitglied der noch zu errichtenden Stiftung ist daher nicht feststellbar.

Anders ist die Rechtslage, bezüglich des zweiten, später errichteten Testaments zu beurteilen. Zwar greift auch in diesem Falle § 27 BeurkG nicht durch. Unabhängig von etwaigen vermögensrechtlichen Ansprüchen, die N als Vorstandsmitglied der nunmehr errichteten Stiftung erwachsen sein könnten, hat der Gesetzgeber die Berufung zu einem solchen Amt nicht als Bedenkung im Sinne des § 27 BeurkG angesehen. Es gilt insoweit, daß zur Ernennung zum Schiedsrichter und zur

⁴²⁹ Strickrodt, S. 24; Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 11.

Benennung als Vormund bzw. Pfleger Ausgeführte entsprechend⁴³⁰.

Die Errichtung der Stiftung war jedoch für N rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, auch wenn er in diesem Testament nicht als Vorstandsmitglied bestellt wurde und die Stiftung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit noch der staatlichen Genehmigung bedurfte. N war von E durch dessen erstes Testament bereits zum Vorstandsmitglied der zum damaligen Zeitpunkt noch im Planungsstadium befindlichen Stiftung berufen worden. Seine Mitgliedschaft im Vorstand der Stiftung war lediglich bedingt durch deren spätere Errichtung. Die Errichtung der Stiftung im zweiten Testament bewirkte nun, ohne daß noch weitere rechtsgeschäftliche Handlungen von seiten des E erforderlich gewesen wären und damit unmittelbar, den Eintritt dieser Rechtsbedingung. N wurde Vorstandsmitglied der nunmehr errichteten Stiftung. Gleichzeitig erwarb er - vorbehaltlich der staatlichen Genehmigung der Stiftung - die unbedingten, inhaltlich in der Satzung festgelegten Rechte eines Vorstandsmitglieds. Hierbei handelt es sich zunächst um nur durch die Satzung beschränkte, im übrigen aber umfassende Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse (§§ 86, 26 Abs. 2, 27 Abs. 3 BGB)⁴³¹. Darüber hinaus erwarb er Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit, denn diese ist einem Vorstandsmitglied auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung jedenfalls dann zuzubilligen, wenn - wie regelmäßig - die Vorstandstätigkeit so umfangreich ist, daß ihm eine unentgeltliche Tätigkeit nicht zugemutet werden kann⁴³². Zumindest aber wurden Ansprüche des N auf Aufwendersersatz nach §§ 86, 27 Abs. 3, 670 BGB und in entsprechender Anwendung des § 1835 Abs. 2 BGB auch auf Vergütung derjenigen Tätigkeiten begründet, die in Zusammenhang mit seinem Beruf als Rechtsanwalt und Notar

⁴³⁰ vgl. oben S. 128ff.

⁴³¹ vgl. dazu Ebersbach, S. 102f., 108f; Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 2f.

⁴³² Ebersbach, S. 101.

stehen⁴³³. Unabhängig davon, ob der Erblasser diese Rechte ausdrücklich im Stiftungsgeschäft erwähnt hat oder ob sie sich ex lege ergeben, stellt jedes eine im Rahmen des § 7 BeurKG beachtliche unmittelbare Erweiterung seiner Rechtsstellung dar. Dies gilt ohne weiteres für die dem Vorstandsmitglied einer Stiftung eingeräumte Rechtsmacht⁴³⁴, aber auch für die Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche. Im ersten Fall handelt es sich um vom Parteiwillen ausdrücklich erfaßte "naturalia negotii", also um subjektive, willensbestimmte Rechtswirkungen⁴³⁵, während es sich bei der Bestellung des Vorstands sogar um eine "essentialia" des Stiftungsgeschäfts handelt⁴³⁶. Im letzten Falle handelt es sich um unmittelbare objektive gesetzliche Rechtswirkungen. Der privatautonome Regelungsgehalt der anspruchsbegründenden Normen ergibt sich schon allein aus ihrer dispositiven Natur. Ihre Aufgabe besteht gerade darin, den unvollkommenen Parteiwillen zu ergänzen. Sie dienen nicht einseitig den Interessen des Vorstandsmitglieds, sondern dem Interessenausgleich. Der Vorstand einer Stiftung bedarf, um seinen Aufgaben gerecht werden zu können, der dazu erforderlichen Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse. Er soll, wenn er schon ausschließlich die Interessen der Stiftung wahrzunehmen hat und dafür u. U. erhebliche Zeit aufwenden muß, nicht unentgeltlich tätig werden. Zumindest aber soll er keine Aufwendungen haben. Es handelt sich hierbei auch nicht etwa nur um unbeachtliche mittelbare Rechtswirkungen, weil der Vergütungsanspruch die tatsächliche Ausübung der Vorstandstätigkeit voraussetzt und sich der Aufwendungsersatzanspruch erst im Falle tatsächlich gemachter Aufwendungen realisiert. Dadurch wird der rechtliche Vorteil nicht an einen tatsächlichen weiteren Umstand geknüpft, da damit nur tatsächliche

⁴³³ Ebersbach, S. 102f.; Staudinger-Coing, § 27 BGB, Rdnr. 21ff.; Staudinger-Wittmann, § 670 BGB, Rdnr. 7; Münchener Kommentar-Seiler, § 670, Rdnr. 20.

⁴³⁴ vgl. oben die Ausführungen zur Vollmacht S.110ff.

⁴³⁵ vgl. Schlüter, S. 39/40.

⁴³⁶ Strickrodt, S. 58f.; Münchener Kommentar-Reuter, § 80 BGB, Rdnr. 5.

außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes liegende, weitere Ereignisse gemeint sind.

Der vorstehenden Bewertung steht nach der Ratio des § 7 BeurkG auch nicht entgegen, daß N im zweiten Testament nicht zum Vorstandsmitglied bestellt wurde und die Stiftung zur Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit noch der staatlichen Genehmigung bedurfte.

Aufgrund der antizipierten Berufung als Vorstandsmitglied bestand die naheliegende Gefahr, daß N den Erblasser E bei der Beurkundung des Stiftungsgeschäfts im zweiten Testament weder objektiv beraten noch das Testament unabhängig und unparteilich beurkunden würde. N befand sich wegen seines materiellen Interesses am Zustandekommen der Stiftung und damit am Beurkundungsvorgang in einem Interessenkonflikt, der durch die Rechtsfolge des § 7 BeurkG gerade ausgeschlossen werden soll. Da N durch die Errichtung der Stiftung die dargelegten rechtlichen Vorteile erlangt hat, kann schlechterdings nicht ausgeschlossen werden, daß unter seinem Einfluß eine bei objektiver Betrachtung sachlich nicht gerechtfertigte Erklärung zu seinen Gunsten beurkundet worden ist. Bei dieser Sachlage bestand von vornherein die Gefahr, daß er bei der Beurkundung den Erblasser in seinem Entschluß bestärkte, überhaupt eine Stiftung zu errichten und dabei seine Rechte möglichst extensiv zu gestalten oder besonders abzusichern. Ob sich N tatsächlich so verhielt, ist demgegenüber unerheblich. Für § 7 BeurkG genügt bereits die abstrakte Gefahr, daß sich der Notar wegen eines Interessenkonflikts bei der Beurkundung nicht objektiv verhält. § 7 BeurkG greift daher bereits dann ein, wenn das zu beurkundende Rechtsgeschäft für die Urkundsperson unter Berücksichtigung vorhandener Rechtspositionen günstige Rechtswirkungen entfaltet, etwa in dem diese sichergestellt, anerkannt oder verstärkt werden⁴³⁷.

⁴³⁷ Mecke, § 7 BeurkG, Rdnr. 4; Erman-Hense, § 7 BeurkG, Rdnr. 2; Dittmann-Reimann, § 7 BeurkG, Rdnr. 5; Schlegelberger, § 171 FGG a.F., Rdnr. 5.

Diese abstrakte Gefahr vermag wegen des anders gelagerten Schutzzwecks auch die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderliche staatliche Genehmigung nicht zu beseitigen. Das Genehmigungserfordernis dient nicht der Sicherung des Stifterwillens und der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars. Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist vielmehr die Errichtung der Stiftung als rechtsfähige Organisation und damit juristische Person, nicht etwa das Stiftungsgeschäft⁴³⁸. In ihm wird geprüft, ob öffentliche Interessen der Errichtung der Stiftung entgegenstehen⁴³⁹, insbesondere ob die Stiftung nach Zweck und Organisation den bestehenden Gesetzen und den guten Sitten oder dem Gemeinwohl nicht zuwiderläuft und ob der verfolgte Zweck die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung rechtfertigt⁴⁴⁰.

Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung durch Stiftungsgeschäft von Todes wegen (§§ 80, 83 BGB) ist somit wegen der mit dem Amt verbundenen Rechtsmacht, der Aufwendungsersatz- und Vergütungsansprüche rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Dies gilt auch bei antizipierter Berufung, die allerdings als solche keine im Rahmen des § 7 BeurkG beachtlichen Rechtswirkungen erzeugt.

⁴³⁸ Staudinger-Coing, § 80, Rdnr. 16; wenn das Stiftungsgeschäft nach Auffassung der Verwaltungsbehörde Mängel aufweist, so kann sie lediglich auf deren Beseitigung hinwirken. Zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Gültigkeit des Stiftungsgeschäfts zwischen den Beteiligten ist sie nicht berufen. Insoweit ist der Zivilrechtsweg gegeben (vgl. dazu Staudinger-Coing, § 80, Rdnr. 26; BVerwG NJW 1969, S. 339).

⁴³⁹ Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 16, 21ff.; Münchener Kommentar-Reuter, § 80 BGB, Rdnr. 27; BVerwG a.a.O.

⁴⁴⁰ Staudinger-Coing, § 80 BGB, Rdnr. 24.

5. Die Zuwendung eines Bestimmungsrechts

Darf der beurkundende Notar nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt werden, so stellt sich die Frage, ob dem Notar wenigstens einzelne Aufgabenbereiche, die üblicherweise dem Testamentsvollstrecker übertragen werden, wie z. B. die Aufstellung des Teilungsplans (vgl. § 2048 BGB) oder die Auswahl des Vermächtnisnehmers unter mehreren Personen oder des Vermächtnisgegenstandes unter mehreren Gegenständen (vgl. §§ 2151ff. BGB), durch Einräumung eines entsprechenden Bestimmungsrechts zugewiesen werden können. Diese Möglichkeit besteht indes nicht. Der Bestimmungsberechtigte⁴⁴¹ ist zwar mangels eines selbständigen Anspruchs auf einen Vermögensvorteil⁴⁴² nicht "bedacht" im Sinne des § 27 BeurkG. Die Bestimmungsberechtigung stellt jedoch wegen der mit ihr verbundenen Rechtsmacht eine Erweiterung der Rechte des Berechtigten dar, die als subjektive, willensbestimmte Rechtswirkung ohne weiteres beachtlich im Sinne des § 7 BeurkG ist⁴⁴³.

6. Der Widerruf eines Testaments (§ 2254 BGB)

Die Berücksichtigung vorhandener Rechtspositionen erweist sich vor allem auch bei der Beurkundung eines Widerrufstestaments (§ 2254 BGB) als notwendig⁴⁴⁴. Auf den ersten Blick drängt sich ein Eingreifen der §§ 7, 27 BeurkG bei einem derartigen Testament wegen seines negativen Inhalts zwar

⁴⁴¹ vgl. allg. dazu Kipp/Coing, § 77.

⁴⁴² vgl. oben Fn. 368.

⁴⁴³ so im Ergebnis auch BGH WM 1987, S. 564, 565 (rSp).

⁴⁴⁴ die weiteren Arten des negativen Widerrufs - Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Urkunde (§ 2255 BGB) oder Widerruf des vor einem Notar oder nach § 2249 BGB errichteten Testaments durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256 BGB) - kommen für eine Beurkundung nicht in Betracht und sind daher für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung. Für die Aufhebung eines Testaments durch ein späteres Testament (§ 2258 Abs. 1 BGB) gelten wegen seines positiven Inhalts keine Besonderheiten.

nicht auf. So ist beispielsweise nicht ohne weiteres ersichtlich, inwieweit den beurkundenden Notar oder einen seiner Angehörigen durch eine Verfügung von Todes wegen, wie z. B.:

"Durch Testament vom 25.03.1978 habe ich F als Alleinerben eingesetzt. Dieses Testament wird hiermit widerrufen"

ein rechtlicher Vorteil im Sinne der §§ 7, 27 BeurkG erwachsen soll. Die beurkundete Willenserklärung ist ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach lediglich auf eine negative Rechtsfolge "gerichtet". Das Testament vom 25.03.1978 soll nicht mehr gelten. F erfährt keine Begünstigung, sondern das Gegenteil. Ist jedoch der beurkundende Notar oder einer seiner Angehörigen gesetzlicher Erbe oder war er zuvor in einem früheren privatschriftlichen Testament als Erbe eingesetzt worden, berücksichtigt man also die vorhandene Rechtsposition⁴⁴³, so wird die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Widerrufstestaments sogleich deutlich. Als Folge der Aufhebung des widerrufenen Testaments wird der Notar oder sein betreffender Angehöriger kraft Gesetzes anstelle des F Erbe (§ 2253, 2254, 2257, 2258 Abs. 2 BGB). Entsprechendes gilt für den Widerruf eines Widerrufs oder einer Aufhebung gemäß § 2258 Abs. 1 BGB usw., also stets dann, wenn durch den Widerruf eine für den beurkundenden Notar oder einen seiner Angehörigen rechtlich vorteilhafte, zwischenzeitlich aber widerrufene oder aufgehobene letztwillige Verfügung erneut wirksam wird (vgl. §§ 2257, 2258 Abs. 2 BGB) oder seine bisherige Rechtsposition wiederauflebt. Diese unmittelbar ex lege eintretenden Rechtswirkungen sind nach der hier vertretenen Auslegung der §§ 7, 27 BeurkG ohne weiteres beachtlich im Sinne dieser Vorschriften.

An diesem Beispiel zeigt sich einmal mehr, daß diese Auslegung nicht nur eine klare Abgrenzung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Rechtswirkungen ermöglicht, sondern auch zu dem Schutzzweck dieser Normen gerecht werdenden Ergeb-

⁴⁴³ vgl. oben S.144.

nissen führt. Bei der Beurkundung eines dem Notar oder einen seiner Angehörigen begünstigenden Widerrufstestaments befindet sich der Notar in einem Interessenkonflikt, der dem bei der Errichtung einer Stiftung im Fall antizipierter Berufung zum Vorstandsmitglied vergleichbar ist⁴⁴⁶. Einerseits muß der Notar den Erblasser objektiv beraten. Andererseits hat er ein materielles Eigeninteresse daran, daß der Erblasser das ihn, den Notar, oder einen seiner Angehörigen benachteiligende Testament widerruft. Bei dieser Sachlage kann nicht ausgeschlossen werden, daß es unter seinem Einfluß zu einer bei objektiver Betrachtung nicht gerechtfertigten Beurkundung zu seinen Gunsten kommt. Diese Interessenkollision soll durch die §§ 7, 27 BeurkG vermieden werden.

7. Als Zwischenergebnis kann somit festgestellt werden:

Von den einseitigen Verfügungen von Todes wegen steht eine den beurkundenden Notar oder einen seiner Angehörigen begünstigende Auflage der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegen.

Die Ernennung zum Schiedsrichter, die Benennung als Vormund oder Pfleger, die Zuwendung eines Bestimmungsrechts oder die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung durch Stiftungsgeschäft von Todes wegen machen den so berufenen Urkundsnotar zwar nicht zum Bedachten im Sinne des § 27 BeurkG, haben jedoch gemäß § 7 BeurkG ausschließende Wirkung.

Die Beurkundung eines Widerrufstestaments ist gemäß § 7 BeurkG unwirksam, wenn der beurkundende Notar oder einer seiner Angehörigen durch Wiederaufleben seiner durch das widerrufenen Testament geänderten Rechtsposition eine rechtliche Besserstellung erfährt.

⁴⁴⁶ vgl. oben S. 144.

Dritter Abschnitt: Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse und Ausblick

I. Die Untersuchung des Begriffs "rechtlicher Vorteil" in § 7 BeurkG hat ergeben, daß es bei einer am Schutzzweck der Norm orientierten, rechtsgeschäftlichen Betrachtungsweise durchaus möglich ist, einen einheitlichen Lösungsansatz zur Bestimmung dieses Begriffs zu finden:

Rechtlich vorteilhaft ist danach jede tatsächliche oder abstrakte Erweiterung von Rechten oder Verminderung von Pflichten, die willensbestimmt oder willensunabhängig unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Rechtswirkung ist, und zwar unabhängig davon, ob sie inter partes oder im Rechtskreis eines Dritten eintritt.

II. Die Anwendung dieses Auslegungsgrundsatzes auf einzelne Fallgruppen hat im wesentlichen zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Es hat sich gezeigt, daß sich mit Hilfe dieser Definition praktisch brauchbare, dem Sinn und Zweck des § 7 BeurkG entsprechende Ergebnisse erzielen lassen.

2. Die so ermittelten Ergebnisse stimmen weitestgehend mit denen der herrschenden Meinung überein, obwohl diese zum Teil unterschiedliche Kriterien, insbesondere das zu unbestimmte Kriterium der Unmittelbarkeit heranzieht.

a) Dies gilt zunächst für die gegenseitig verpflichtenden Verträge, die, soweit sie Rechtswirkungen inter partes erzeugen, für beide Vertragsparteien rechtlich vorteilhaft sind. Der echte Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) und der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) sind jeweils für den Dritten rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Demgegenüber lösen der unechte Vertrag zugunsten Dritter, insbesondere die Erfüllungsübernahme, und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter die Rechtswirkungen des § 7 BeurkG nicht aus. Enthält die beurkundete Wil-

lenserklärung einen rechtlichen Vorteil für die vom Notar oder seinen Angehörigen als Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker verwaltete Konkurs- oder Nachlaßmasse oder für eine juristische Person, deren Mitglied der Notar oder einer seiner Angehörigen ist, so ist der Notar an der Beurkundung einer solchen Willenserklärung durch § 7 BeurkG nicht gehindert.

b) Auch die unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträge (Leihvertrag, Verwahrungsvertrag und Auftrag) sind für beide Parteien rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Zwar erzeugen sie zunächst nur für eine Vertragspartei einen direkten vom Parteiwillen erfaßten Hauptanspruch. Die andere Partei hat jedoch zumindest potentielle Nebenansprüche, die ebenfalls vorteilsbegründend wirken.

c) Die einseitig verpflichtenden Verträge, wie z. B. das Schenkungsversprechen gemäß § 518 BGB und die Bürgschaft gemäß § 765 BGB, sind im Gegensatz zu den gegenseitig verpflichtenden und den unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträgen nur für die jeweils anspruchsberechtigte Vertragspartei rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG. Ausnahmen bilden die privative oder befreiende Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415, 416 BGB, die für Altschuldner und Gläubiger, und die kumulative Schuldübernahme, die für alle Beteiligten (Schuldner, Beitretender und Gläubiger) rechtlich vorteilhaft sind.

Von den gesetzlich angeordneten Schuldbeitrittswirkungen sind diejenigen der §§ 419, 1088, 2382, 2385 BGB, 25, 28, 130 HGB, 28 Abs. 2 Satz 2 VerlG und 53 ZVG beachtlich, während diejenigen der §§ 556 Abs. 3 BGB und 3 Nr. 1 und 2 PfllVG die Rechtsfolgen des § 7 BeurkG nicht auslösen.

d) Von den untersuchten empfangsbedürftigen Willenserklärungen sind die Erteilung der Vollmacht (§ 167 BGB) für den Bevollmächtigten und die Erbausschlagung gemäß § 1945 BGB für diejenigen Urkundspersonen oder ihre Angehörigen rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 7 BeurkG, denen die Erbschaft

in Folge der Ausschlagung anfällt oder deren Erbteil eine Erhöhung oder Anwachsung im Sinne der §§ 1935, 2094 BGB erfährt.

Die Quittung (§ 368 BGB) ist keine Willens- sondern eine Wissenserklärung, ihre Erteilung daher im Hinblick auf § 7 BeurkG unbedenklich.

e) Von den untersuchten einseitigen Verfügungen von Todes wegen steht eine den beurkundenden Notar oder einen seiner Angehörigen begünstigende Auflage der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegen. Demgegenüber haben die Ernennung zum Schiedsrichter, die Benennung als Vormund oder Pfleger, die Zuwendung eines Bestimmungsrechts oder die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Stiftung durch Stiftungsgeschäft von Todes wegen gemäß § 7 BeurkG ausschließende Wirkung. Die Beurkundung eines Widerrufstestaments ist gemäß § 7 BeurkG unwirksam, wenn der beurkundende Notar oder einer seiner Angehörigen durch Wiederaufleben seiner durch das widerrufene Testament geänderten Rechtspositionen eine rechtliche Besserstellung erfährt.

f) Soweit der hier vertretene Ausgangspunkt zu anderen Ergebnissen als die herrschende Meinung gelangt, wie z. B. bei der Erteilung einer Vollmacht (§ 167 BGB) bei einem Vertrag mit einer juristischen Person, dessen Mitglied oder Organ der beurkundende Notar ist, oder bei der Bewertung von Angebot und Annahme im Rahmen einer Suggestivbeurkundung (§ 128 BGB), beruht dies nicht auf der Unzulänglichkeit des ermittelten Auslegungsgrundsatzes. Vielmehr muß der herrschenden Meinung entgegengehalten werden, daß sie ihre Bewertung von einem unzutreffenden Ansatz vornimmt oder Ausnahmen zulassen will, die dem Schutzzweck der Norm widersprechen.

3. Als Gesamtergebnis und zugleich als Ausblick der vorliegenden Untersuchung ergibt sich folgendes:

a) Die hier vertretene, vom Schutzzweck der Norm her entwickelte und am Rechtsgeschäft orientierte Definition des Begriffs "rechtlicher Vorteil" im Sinne des § 7 BeurkG liefert nicht in jedem Fall sofort und auf den ersten Blick ins Auge springende Ergebnisse. Wie die Untersuchung der einzelnen Fallgruppen gezeigt hat, bedarf es vielmehr einer genauen Untersuchung der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Rechtswirkungen auf ihren rechtsgeschäftlichen Regelungsgehalt hin.

b) Die hier gefundene Definition weist bei der Anwendung des § 7 BeurkG gleichwohl gegenüber der bisherigen Praxis erhebliche Vorteile auf.

aa) Die Ausgangsdefinition führt zu praktikablen und klaren Ergebnissen, weil der Regelungsgehalt einer Norm anhand anerkannter und gefestigter Auslegungskriterien objektiv zu ermitteln ist. Dadurch lassen sich in der Praxis subjektive Einzelfallentscheidungen anhand von Billigkeitserwägungen oder unter Praktikabilitätsgesichtspunkten vermeiden.

bb) Die Möglichkeit, auf eine einheitliche, klare Ergebnisse liefernde Definition für sämtliche Fallgruppen zurückgreifen zu können, ist nicht nur für die juristische Praxis von großer Bedeutung, sondern kann, wie eingangs bereits angedeutet, zur Vorhersehbarkeit des für den Bürger ohnehin immer undurchsichtiger werdenden Rechts und damit letztendlich zur Rechtssicherheit beitragen.

L E B E N S L A U F

Am 29.09.1950 wurde ich als Sohn des Polizeibeamten Heinrich Raming und der Hausfrau Johanna Raming, geb. Pothmann, in Metelen, Krs. Steinfurt, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Von 1957-1962 besuchte ich die Kardinal-von-Galen-Schule in Nordwalde und wechselte anschließend auf das neusprachliche Gymnasium Martinum in Emsdetten, wo ich im Jahre 1970 die Reifeprüfung ablegte.

Im Anschluß daran diente ich zwei Jahre lang bei der Bundeswehr in Goslar und Rodenkirchen.

Im Wintersemester 1972/73 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 22. April 1978 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm ab. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 16. Januar 1981 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf. Danach war ich zunächst als Rechtsanwalt in einer OLG-Praxis in Celle tätig. Seit dem 01.03.1985 bin ich Mitglied der Sozietät Dr. Rinsche in Hamm.

